مصباح الفقاهة

في المعاملات

من تقريرات بحث أستاذ الأكابر آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

تأليف

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

٦

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المكاسب المحرمه

کاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعهٔ:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۶

اشاره

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[کتاب الخیارات]

اشاره

الحمد للّه رب العالمين و الصلاه و السّلام على محمّد و آله الطاهرين و لعنه اللّه على أعدائهم أجمعين.

و بعد فيقع الكلام فى الخيارات و أحكامها.

[مقدمتان]

[الأولى فى معنى الخيار]

قوله الخيار لغه اسم مصدر من الاختيار.

أقول: الاختيار مصدر و الاسم منه الخيار و معنى الاختيار لغه هو طلب الخير من أى شى ء فيصحّ تعلّقه بالأمور التكوينيه و الاعتباريه نظير الكسب و الاكتساب و ح يكون وصفا لنفس الأفعال الخارجيه و الأمور الاعتباريه حسب اختلاف متعلقه من الافعال و الأعيان و الاعتباريات و يقال اختار أحدهما لمصاحبته أى طلبه خيرا لنفسه و اختار بيع أمواله أى جعله خيرا لشخصه فالاختيار صفه لنفس ما أخذه خيرا و عنوان له من دون أن يكون من الأوصاف النفسانيه المعبّر عنه بالإراده تاره و بالاختيار أخرى و لا من الأفعال الخارجيه و الاختيار كالانتفاع و الاصطفاء و الانتقاء و منه أيضا استخاره المنزل.

و الظاهر أنه بهذا المعنى اللغوى استعمل فى الخيارات المختصه بالمعاملات من خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما فان من

له الخيار يتّخذ ما يختاره من الإمضاء أو الفسخ خيرا لنفسه و طلب كونه خيرا له و اتصف كل منهما بالاختيار و أصبح خيرا على سبيل البدليه و معنى البيّعان بالخيار أى لكل منهما أن يأخذ ما يختاره خيرا لنفسه و ليس المراد من الخيار هنا هو القدره على الفسخ التى من الأوصاف النفسانيه و لا السلطنه و المالكيه على الفسخ و لا غيرهما من المعانى التى ذكروها فى المقام.

نعم تستفاد السلطنه و المالكيه من موارد أخذ الخير لنفسه و اتخاذه لشخصه مثلا إذا قيل له الخيار فتدل اللام على الاختصاص و الملكيه، و كل

أن القـدره ليست من معنى الخيار فى شـى ء و انما هى من مقدمات اتخاذ الخير فان من ليست له هذه القدره لا يتمكّن من جعل شى ء خيرا لنفسه.

و على هـذا فلاـ نحتـاج فى اسـتعمال كلمه الخيـار فى الخيـارات المصـطلحه فى أبواب المعاملاـت إلى عنايه زائـده غير ملاحظه المعنى اللغوى الّـا أن يكون هنا اصـطلاح خاص فلا مشاحه فيه و بهـذا اللحاظ أيضا اسـتعمل فى مقابل الالتجاء و الاضـطرار فان المضـطر لا يتمكّن من الاستخاره لنفسه و اتخاذ الخير لشخصه كالأعرج و الأشل و الأصم فإنهم لا يقدرون أن يتخذوا المشى أو الحركات الصادره من اليـد أو الكلام خيرا لأنفسـهم، فجعل الاختيار بمعنى القدره فى مقابل الاختيار انما هو بحسب الاصـطلاح فقط و الا فهو خارج عن القدره كما عرفت و الا فنفس الاختيار يقع فى مقابل الاضطرار و يعدّ قسيما له.

ثمّ ان مـوارد اسـتعملات كلمه الخيـار و مـا اشـتق منهـا و ان كـانت كلهـا بحسب لحـاظ المعنى اللغـوى و لكن الـذى فى أبواب المعاملات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵

تمتاز بخصوصـيه ليست فى غيرها من موارد الاسـتعمالات بـداهه أنه فرق واضح بين الاختيار المتعلق بالأكل و الشـرب و النوم و بين تعلقه بالفسـخ و الإمضاء فإن المراد بالأوّل هو جعل الفعل الخارجى أو العين الخارجيه خيرا لنفسه من غير أن يكون فى البين ما يتصل بالمختار بصيغه الفاعل بخلاف ما إذا تعلق بالعقود باعتبار الفسخ و عدمه فان معناه أن هنا شى ء ثابت قابل لان يتعلق به الفسخ أو الإبقاء فى حاله و الاسـتمرار عليه، و نظير ذلك ما قلناه فى أدله الاستصـحاب من أن مفهوم النقض انما يتحقق إذا كان هناك أمر مبرم

و الا فلا يقال للحجر أنه نقض الحجر فبهذه الخصوصيه ينهاض الخيار المتعلقه بالعقود عن غيره من موارد استعمالاته، و أيضا خرج بهذه الخصوصيه الخيار الثابت للعمه و الخاله فى العقد على بنت الأخت و بنت الأخ فإنه لم يثبت فيها شى ء للعمه و الخاله حتى ترفعه العمه أو الخاله بالفسخ بل هى تدفع ما يتصل إليها بالرضا و كك الحال فى العقود الفضوليه فى البيع و غيره و لكن بقيت العقود الجائزه بحسب الطبع وارده عليه أيضا فإن فيها أيضا شى ء ثابت لذى الخيار له الفسخ و له الإبقاء.

الّا أن فى الخيارات المصطلحه خصوصيه ليست موجوده فى العقود الجائزه بحسب الطبع فهى أن ذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه إنما ملك الفسخ و الإمضاء أى له اتخاذ الفسخ خيرا لنفسه و له إبقاء العقد على حاله أو إمضائه و أيضا فله مالكيه على أصل الاختيار و الخيار بحيث له السلطنه على إعدام اختياره و رفع موضوعه بحيث لا يبقى هنا موضوع للفسخ و الإمضاء و لإعمال الخيار بان يسقط سلطنته على اتخاذ كلّ من طرفى الاختيار خيرا لنفسه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶

و بعباره اخرى أن لذى الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه سلطنتان إحداهما السلطنه المتعلقه بإعمال الخيار أى اتخاذ الفسخ أو الإبقاء خيرا لنفسه و ثانيتها السلطنه على إعدام السلطنه على اعمال الخيار و اتخاذ شى ء منهما خيرا لنفسه فإنها من الحقوق فهى قابله للإسقاط.

و هذا بخلاف العقود الجائزه فإن فيها لكل من المتعاملين فسخ العقد أو إبقائه على حاله و لكن ليس لهما السلطنه على إعدام سلطنتهما على الفسخ أو الإبقاء فإن الجواز فيها من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط و

لو أسقطه المتعاملان ألف مره و قد عرفت أن الجواز و التزلزل فى موارد الخيارات المصطلحه من الحقوق فهى قابله للإسقاط، و بهذه الخصوصيه لاـ يدخل شى ء من غير الخيارات المصطلحه فى حدودها كما لا يخفى و أيضا صح القول بأن الخيارات المصطلحه هو اتخاذ الفسخ أو الإمضاء خيرا لنفسه فى العقود اللازمه بالطبع كالبيع و الإجاره و النكاح و غيرها.

و الحاصل أن المراد من الخيار هو المعنى اللغوى فى جميع موارد الاستعمالات حتى فى باب العقود و هو اتخاذ الخير لنفسه و الانتفاء و الاصطفاء كما صرّح بذلك فى اللغه و ليس بمعنى الملك فى المقام بل انما يستفاد الملكيه من موارد الاستعمال بحسب اقتران ماده الخيار بكلمه اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئه المفيده لهذا المعنى كهيئه المختار كما سنشير اليه.

و عليه فيكون الاختيار و الخيار فى مقابل الاضطرار و الالتجاء بحسب الحقيقه فى جميع الموارد فان المضطر لا يقدر على اتخاذ الخير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷

لنفسه فيما اضطر اليه.

ثم لا يبعد أن يكون المراد من كون المكلف مختارا فى الفعل أو الترک فى مقابل التكاليف الإلزاميه الملجإ إلى الفعل شرعا هو هذا المعنى أيضا غايه الأمر أن الاختيار و الا لجاء هنا شرعى و ما ذكرناه فيما سبق تكوينى و من هنا يتضح ان إطلاق المختار على الفاعل المختار على هذا المنهج أيضا و من هنا ظهر أن استعمال المتكلّمين الخيار فى مقابل الاضطرار ليس اصطلاحا آخر كما ذهب اليه شيخنا المحقق بل باعتبار المعنى اللغوى كما عرفت.

ثمّ ان المشتقّات قد استعمل فى الاتّصالات الفعلى كما هو الغالب و قد تستعمل فى الشأنيّه و الاقتضاء و

هذا أيضا كثير فى نفسه كما يتضح ذلک لمن سيروا استقرأ موارد استعمالها و منه يقال سمّ قاتل و سيف سيار و أدويه مسهله و أشربه مبرده و أغذيه مسخنه أو قابضه فان اتصاف الذات بالمبدء فى أشباه هذه الموارد ليس فعليّا و انّما هو بحسب الشأنيه و الاقتضاء.

و من هنا يمكن توجيه كلمات القائلين بأن الخيار بمعنى القدره على الفسخ بدعوى المختار بصيغه الفاعل له فسخ العقد مع ثبوت الخيار له و له إبقائه على حاله و له إسقاط أصل سلطنه أيضا فتكون القدره و السلطنه على الفسخ و الإبقاء مستفاده من هيئه المختار.

إذا كان اتصاف الذات فيه بالمبدء بحسب الشأن و الاقتضاء فان فى موارد ثبوت الخيار فصاحب الخيار مختار فى أمر العقد من حيث الفسخ و الإبقاء شأنا بأن يأخذ الفسخ خيرا لنفسه أو الإبقاء فإن له الانتقاء و الاصطفاء فى ذلک و الهيئه المستفاده من الهيئه عباره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸

أخرى عن القدره بل الأمر كذلک فى جميع الموارد التى يتمكن الإنسان من إيجاد فعلى بحسب طول الزّمان فإنه يقال أنه مختار فى ذلک اى له القدره على أن يأخذ هذا الفعل خيرا لنفسه أو يتركه و يأخذ تركه خيرا لنفسه فلا يكون تعريف الخيار بأنه القدره على فسخ العقد و إبقائه منافيا لما ذكرناه.

ثم انّک قد عرفت أن الخيار فى اللغه هو اتّخاذ الخير و الاصطفاء و الانتقاء و بهذا اللحاظ قد استعمل فى جميع الموارد غايه الأمر أنه تختلف متعلّقاته فإنه قد يتعلّق بالأكل و قد يتعلّق بالشّرب و قد يتعلّق بالأعيان الخارجيه كاختيار الدار و الرفيق و المركوب و قد يتعلّق بالأمور بالاعتباريه و قد

يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و قد يتعلّق برفع سلطنه على الفسخ و يسقط خياره، و عليه فلا خصوصيه لماده الخيار فى شى ء من موارد الاستعمال.

و لكن المراد من الخيار المصطلحه هو اختيار فسخ العقد أو إبقائه أو اختيار إقرار العقد فخرج بتعلّقه بالفسخ جميع ما يتعلّق بغير العقود من الافعال و الأعيان الخارجيه و كل خرج به عقد بنت الأخ و بنت الأخت على العمه و الخاله و كك جميع العقود الفضوليه فان فى جميع تلك الموارد لم ينتسب الى المختار شى ء حتى يتعلّق به الفسخ و يكون الفسخ فيه متعلقا للخيار اما فى غير العقود المذكوره فواضح فان الخيار فيه ليس الا اختيار أحد الأمرين الذين هما طرفا الخيار من الأكل و تركه و الشرب و تركه و هكذا و أما فى العقود المذكوره فلانّه و ان ثبت هنا شى ء و لكنه لم ينتسب إلى العمه و الخاله و الى المالك بل مع الإجازه و الإمضاء ينتسب العقد إليهم و لكن و إذا اختاروا الردّ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹

يرفعون ما ثبت بإنشاء الغير لا أنهم يفسخونه فإنه ليس هنا عقد حتى يتعلّق به الفسخ بل ثبت لهم بعد الانتساب إليهم و الفرض انه لم ينتسب إليهم بعد فبالردّ يرتفع و لا يبقى شى ء حتى يفسخ.

و خرج بكون ذى الخيار مختارا فى إقرار العقد و تثبيته العقود الجائزه بحسب الطبع و توضيح ذلك أن ذا الخيار فى موارد الخيارات المصطلحه كما له اختيار فسخ العقد و إبقائه على حاله و كك له ازاله مالكيته على اختيار الفسخ و الإبقاء و على الانتقاء و الاصطفاء بان يقر العقد بإسقاط الخيار و بجعله

لازما و غير قابل الفسخ ففى الحقيقه له خيار ان أحدهما يتعلّق بالفسخ و الإبقاء و الأخر يتعلّق بالسلطنه على الفسخ و الإبقاء بخلاف العقود الجائزه فإن فيها خيار واحد لكل من له الخيار و ليس له خيار آخر يتعلق بأصل السلطنه على اختيار الفسخ أو الإبقاء و لو أسقطه ألف مره لم يسقط كما تقدم فإنه من الأحكام فهى غير قابله للإسقاط.

و من هنا ظهر أن ما ذهب اليه بعضهم من أن الخيار المصطلحه ملك إقرار العقد و ازالته هو الصحيح فان المراد من إقرار العقد هو إسقاط الخيار و جعل العقد لازما و غير قابل للانفساخ من ناحيه الخيار و هو ما ذكرناه من تعلّق الخيار بإزاله السلطنه على الفسخ و الإبقاء، و المراد من ازالته هو ازاله العقد بالفسخ و إعدامه نعم التعبير بملك فسخ العقد مسامحه فإن الخيار كما عرفت ليس ملك فسخ العقد و انما الملكيه مستفاده من اللام و كلمه الصاحب و الذو أو من الهيئه كما عرفت فإن هيئه كلمه المختار تدل على ذلك لما عرفت أن المشتق انما هو باعتبار الشأنيه و لاقتضاء و أن ذى الخيار بما أن له مقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰

للفسخ و قادر عليه بان يأخذه خيرا لنفسه و له شأنيه الاختيار و الانتقاء فينتزع من ذلك عنوان المالكيه كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف على هذا التعريف بوجهين

الأول أنه ان أريد من إقرار العقد إبقائه على حالته الأوليه بترك الفسخ فذكره مستدرك لأنّ القدره على الفسخ عين القدره على الترك فإنها لا تتعلق بأحد الطّرفين فقط و الا فلا تكون قدره.

و فيه أنه ظهر جوابه ممّا تقدّم فان

المراد من ملك إقرار العقد ليس هو تركه على حاله و عدم فسخه مع جواز ان يفسخه كيف ما يشاء بل المراد منه هو إقرار العقد و إثباته و جعله لازما بحيث لا يقبل- الفسخ بالخيار فهو إشاره الى احد الاختيارين الذين تقدمت الإشاره إليهما و قوله و ازالته فالمراد منه ازاله العقد بالفسخ فهو إشاره إلى الاختيار الثانى.

و على الإجمال أن الخيارات المصطلحه منحلّه إلى خيارين و مركب منهما أحدهما ما يكون متعلقا بالفسخ و الآخر ما يتعلق بأصل إعدام الخيار اى اتخاذ إعدامه الذى عباره أخرى عن إقرار العقد خيرا لنفسه (ما شئت فعبّر) فكل واحد من خيار الحيوان و المجلس و العيب و الشرط و غيرها مركب من خيارين المذكورين فقد أشير إليهما فى التعريف المذكور فذى الخيار مختار فيهما نعم أخذ الملكيه فى التعريف ليس من جهه اعتباره فى مفهوم الخيار و تعريفه بل هى مستفاده من الهيئه أو من كلمه اخرى كما عرفت.

الثانى أن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لان يفسخ ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱

الخيار لكونه مستلزما للدور فإنه ح يكون مفاد التعريف أن الخيار هو ملك إلزام العقد بإسقاط الخيار فهذا أخذ بالخيار فى تعريف نفسه فهو دورى.

و فيه قد ظهر جوابه مما مر و توضيح الاندفاع أن الخيار و أن أخذ فى التعريف و لكن المأخوذ فيه ليس نفس المعرف بل هو غيره اعنى الخيار الثانى لما عرفت من كون الخيار المصطلح مركبا من خيارين فقول القائل الخيار ملك إقرار العقد أى الخيار المتعلق بإعدام السلطنه على الفسخ هو إقرار العقد

إسقاط فالمراد من الخيار الساقط هو المتعلق بالفسخ فالمعرّف غير المعرف فلا يلزم الدور و بقوله و إزالته أشار الى الخيار الثانى.

ثم أورد المصنف نقضا على التعريف المذكور بأنه ينتقض بالخيار المشترك فان لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقا فلا يكون العقد لازما بإسقاط أحد الشركاء خيارهم.

و فيه أنه أيضا ظهر جوابه مما تقدّم فان المراد من الإقرار هو إقرار العقد من قبله لا من قبل غيره و لا يقاس ذلك بالفسخ فان فيه خصوصيه لا يعقل بها أن يفسخ احد المتعاملين دون الأخر فإنه بالفسخ ينتقل مال كل شخص الى ملكه و لا معنى لان يفسخ العقد من طرف واحد فقط دون الأخر و لكن الإقرار و الإثبات ليس كذلك فإنه قابل لان يكون العقد لازما من طرف و جائزا من طرف آخر و إذا كان ممكنا ثبوتا فلا نحتاج فى مقام الإثبات إلى شى ء آخر غير ما يصدر من الشركاء فى الخيار حيث أن أحدهم يسقط خياره و الآخر لا يسقطه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲

و ما نحن فيه نظير رفع الحجر الثقيل بعشره رجال حيث ان ترك الرفع يستند الى ترك واحد منهم و لكن رفعه مستند الى جميعهم ففى المقام أيضا رفع العقد يحصل بفسخ واحد و لكن الإقرار التام يحصل بالمجموع و مع ذلك فكل واحد يجعله من قبله لازما و ان شئت فمثل بترك كل واحد من عشره رجال قتل شخص فإنه يصدق ح ان كل واحد منهم ترك قتله من قبله و قد مثل الأستاذ بهذا المثال دون الأوّل.

و على الإجمال فالأحسن أن يقال فى تعريف مطلق الخيار هو ما يرجح به أحد طرفى الممكن على

الآخر سواء كان هناك مرجح آخر أم لم يكن و يكون فى مقابل الاضطرار فان الفاعل المضطر مجبور الى اختيار أحد طرفى الممكن الذى اضطرار اليه و لا يبقى معه اختيار فى الترك و الانتقاء و الاصطفاء و بهذا المعنى الواحد يستعمل فى جميع الموارد و ان كان هنا اختلاف فإنما هو من ناحيه المتعلّق و بيان ذلك أن الخيار قد يتعلّق بالأفعال الخارجيه كالأكل و الشرب و غيرهما فيختار الفاعل اما الترك أو الفعل فيرجح باختياره احد الطرفين على الطرف الآخر.

و قد يتعلّق بالأعيان الخارجيه فيرجح المختار أحد الشيئين أو الأشياء على الأخر فيأخذه خيرا لنفسه.

و قد يتعلّق بدفع العقود عن الانتساب الى نفسه و ردّه عن الاتصال اليه من غير ان ينضم اليه قبل ذلك شى ء و هذا كاختيار المالك ردّ عقد الفضولى و اختيار العمه و الخاله عقد بنت الأخ و بنت الأخت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳

و قد يتعلّق بفسخ العقد و إبقائه و هو على قسمين فإنه تاره يجتمع مع الخيار الآخر المتعلّق بإقرار العقد و عدمه و أخرى لا يجتمع معه بل لا يمكن ان يقترنه لحكم الشارع بعدم لزوم العقد إلى الأبد.

و الثانى هو الخيار فى العقود الجائزه التى كانت جائزه بحسب الطبع و الأول هو المراد من الخيارات المصطلحه فان فى مواردها قد ثبت لذى الخيار خيار ان أحدهما ملك فسخ العقد و إبقائه على حاله و الثانى ملك إقرار العقد بإسقاط الخيار و عدم إقراره فيسمى مجمع هذين الخيارين خيارا اصطلاحيّا و لهذا لا تسمى العقود الجائزه عقودا خياريه مع تحقق الخيار فيه أيضا و لكنه ليس مركبا من خيارين نعم التعبير بالملك ليس من

جهه أخذ الملك فى مفهوم الخيار و لعل النكات فى تعبير ملك فسخ العقد فى تعريف الخيار هو ان معنى الخيار هنا هو ترجح أحد الطرفين من الفسخ أو عدمه و ترجيح احد طرفين ازاله العقد و إبقائه لما عرفت أن الخيار المصطلح مجمع الخيارين.

و من الواضح أن الترجيح انما يكون مع القدره على الترجيح فالخيار عباره عن القدره على الترجيح و القدره ليست إلا عباره عن السلطنه فيصح أن يقال أن الخيار ملك ازاله العقد و لكن هذا المعنى منتف فى غير خيار المصطلح فان فى الهبه مثلا و ان كان الواهب قادرا على الفسخ أو الإبقاء و لكن كون الجواز فيه ضرورى فليس له ازالته عنها و كك إذا كان متعلق الخيار الأمور الخارجيه كالأكل و الشرب فإن أحد طرفى الفعل و ان كان فى اختياره و لكن أصل كونه مختارا فى ذلك ضرورى و لا يقدر ان يسلب اختياره عن نفسه بل هو مستفاد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴

من شى ء آخر و منه الهيئه فان هيئه المختار أيضا تدل على الملكيه فإنه قد أخذ فيها الهيئه و هذه الهيئه و ان كانت ظاهره فى الهيئه الفعليه و منه ما فى قضيه الصديقه الطاهره و هو المختار لها لسرعه الإلحاق.

و لكن قد يكون المراد منهما الهيئه الشأنيه و لكن بواسطه القرائن فيكون المشتق ح مستعمله فى الشأنيه كسيف قاطع و سمّ قاتل و مسهل نافع و أشربه مبرده أو مسخنه فان القرينه قائمه فى أمثالها على أن الاستعمال بلحاظ التلبس الشأنى دون الفعليه كما لا يخفى.

و من هنا ظهر ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال أن الخيار المتعلق بإقرار العقد

و إلزامه انّما هو أيضا اعمال الخيار فإنه أحد طرفى ما تعلق به الخيار و ليس مرجعه إلى إسقاط الحق الذى فوق اعمال الخيار و وجه الاندفاع هو ما تقدم من أن ما تعلق بإقرار العقد خيار آخر غير ما تعلق بالفسخ و الإبقاء.

و تحصّل من جميع ما ذكرناه أن ما ذكره بعض الأصحاب من أن الخيار ملك إقرار العقد و ازالته هو المتعين و أحسن منه ما تقدمت الإشاره إليه من أن الخيار المصطلح اختيار فسخ العقد و إبقائه و اختيار إقرار العقد و عدمه (ما شئت فعبّر).

و قد عرفت أنه لا يرد عليه ما أورده المصنف من الإيراد الأوّل و الثانى و كك نقضه بالخيارات المشترکه كما عرفت.

لا يتوهم أن المراد من الخيار المشترک هو الخيار الثابت للمجموع كما فى توارث الخيار عن المورث بناء على عدم ثبوته لكل واحد من الورثه و على عدم ثبوته على الطبيعى من حيث هو على ما هو أقوال المسأله.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۵

و الوجه فى ذلک هو ان أحد الشركاء لو اعمل خياره بان يفسخ العقد أو ألزم العقد بأن أسقط خياره لا يضرّ بخيار الشريک الآخر بوجه مع أن المصنف فرض أن الفسخ يوجب انهدام العقد من طرف الشريک الآخر و يؤثر تأثيره بخلاف الإقرار فإنه من احد الشركاء لا يوجب إقرار العقد من الشريک الآخر فيعلم من ذلک أن المراد من الخيار المشترک فى كلام المصنف هو الخيار الثابت لكل من البائع و المشترى حين الثبوت كخيار المجلس مثلا كما هو الحق فإن الظّاهر من قوله (ع) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا هو ذلک و ان لكل منهما خيار و إذا أراد

أحدهما أن يفسخ العقد فنفسخ من الطرف الآخر أيضا لخصوصيه فى الفسخ و هى أنه لا يعقل انفساخ العقد من طرف واحد و هذا بخلاف الإقرار فإنه يعقل إلزام العقد من طرف واحد كما عرفت هذه هى المقدمه الأولى

المقدمه الثانيه وقع الكلام فى تأسيس الأصل فى المقام ليرجع اليه عند الشک، فى الجواز أو الزوم

اشاره

و قد وقع الكلام فى أن الأصل فى العقود هو اللزوم الا ما خرج بالدليل أو الأصل فيها هو الجواز الا ما خرج بالدليل فإذا علم من الخارج أن العقد الفلانى لازم أو جائز فلا كلام لنا فيه فان كل واحد منهما يترتّب عليه حكمه و انما الكلام فى الموارد المشكوكه بالشبهه الحكميه كما إذا شككنا فى ان العقد الفلانى (كالسّبق و الرّمايه جائز أو لازم أو بالشبهه الموضوعيّه كما إذا وقع عقد فى الخارج و شككنا فى كونه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فان فى جميع ذلک يرجع الى ما أسس من الأصل.

فنقول ذكر غير واحد تبعا للعلامه فى كتبه الأصل فى البيع اللزوم

و قد وقع الكلام فى بيان المراد من هذا الأصل

اشاره

فذكر المصنف وجوها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶

أربعه فى بيان ذلک.

الأول أخذه بمعنى الغلبه

فإن أغلب أفراد العقد هو اللزوم و الجائز منه قليل فإذا شككنا فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحق الشى ء بالأعم الأغلب.

و فيه أنه مخدوش صغره و كبرى و المصنف لم يتعرض لفساد الكبرى لوضوحه أما الوجه فى فساد الكبرى فلان قاعده إلحاق المشكوک بالأعم الأغلب أدون من الاستقراء الناقص فحيث أن الاستقراء الناقص ليس بحجه فالقاعده المذكوره أولى بان لا تكون حجّه بيان ذلک أن الاستقراء الناقص عباره عن تتبع أفراد الطبيعه بقدر الطاقه و التمكن بحيث يحصل الظن من ذلک أن بقيه الأفراد أيضا على هذا النسق ثمّ يتشكّل من ذلک القياس فيوصل بالنتيجه و يقال أن ما صادفنا من افراد هذه الطبيعه كالحيوان مثلا يتحرک فكه الأسفل عند المضغ و كل حيوان ككک فالحيوانات المشكوكه أيضا ككک ظنا و هذا القياس بما أنه يفيد الظن فقط لا يكون حجه فان الظن لا يغنى من الحق شيئا.

و القاعـده المذكوره أدون من ذلك فان جميع ما صودف به من افراد الطبيعه ليس على نسق واحد لان الفرض أنها على قسـمين غايه الأمر أن قسم منهما أقل من القسم الآخر فلا يمكن هنا تشـكيل القياس بان كل أفراد الطبيعه كل حتى و هما فضلا عن الظن به للعلم بان قسم منها على غير النسق الذى عليه القسم الأخر، كما لا يخفى.

و بالجمله أن كبرى هذه القاعده باطله لعدم الدليل على صدقها و أما الوجه فى بطلان الصغرى ما ذكره المصنف ان أريد غلبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷

الافراد فغالبها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و

ان أراد غلبه الأزمان فهى لا تنفع فى الافراد المشكوكه و ذلك فإن مده اللزوم و ان كانت طويله و زائده و لكن لا يوجب إلحاق المشكوك إليه الذى لا ندرى أنه تحقق لازما أو جائزا فإن الأغلبيه من حيث الأزمان لا يرتبط بالأغلب من حيث الافراد.

و بعباره اخرى أن بناء على تسليم الكبرى أن الظن انما يلحق الشى ء بالأعم الأغلب من صنف نفس هذه الطبيعه لا من الأعم الأغلب من طبيعه أخرى مثلا أن الغلبه فى سادات الكاظميه هى الطوال فلو شككنا فى فرد منهم أنه طويل أو قصير فالظن يلحقه بالأغلب من هذه الطائفه لا بالأغلب من جميع البشر و كك أن الأغلب فى المسلم أو فى أهل العلم التقى و إذا شك و فى فرد منهم فالظن يلحقه بالأغلب من المسلمين أو من أهل العلم لا بالأغلب من جماهير العالم و لو من غير المسلمين و فى المقام إذا شك فى عقد أنه جائز أو لازم فالظن يلحقه بالأعم الأغلب من صنفه و هو غلبه الأفراد بحيث يتصف حين الوجود بوصف من اللزوم أو الجواز لا بالأغلب من صنف آخر اعنى غلبه الازمان و من الواضح أن الغلبه فى الافراد هو الجواز فإن أغلب أفراد العقد يوجد جائزا لخيار المجلس أو الحيوان أو الشرط الا ان يشترط اللزوم فى ضمن العقد و من هنا ظهر أن ما ذكره غير واحد من الاعلام من عدم الفرق فى إلحاق المشكوك بالأعم الأغلب بين غلبه الافراد و غلبه الزمان لا يرجع الى محصّل و انما هو ناشئ من عدم الوصول الى مراد المصنف.

و أما الأصل بمعنى القاعده

فسيأتى التكلم فيه من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸

و

أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و ككك سيأتى التكلم فى الأصل بمعنى الاستصحاب و ان تكلمنا فيهما فى المعاطاه و لكن إذا تمّ الاستصحاب و قلنا بجريانه فى الشبهات الحكميه و الأحكام الكليه يجرى فى موارد الشبهات الحكميه و الموضوعيّه و اما العمومات فلا تجرى فى الشبهات الموضوعيّه كما إذا شك فى أن هذا العقد وجد لازما أو- جائزا لكونه تمسكا بالعمومات فى الشبهات المصداقيه كما لا يخفى.

و أما الأصل بالمعنى اللغوى

بأن يكون وضع البيع و بنائه عرفا و شرعا على اللزوم فهو الظّاهر من كلام العلّامه (ره) حيث قال و الفرض تمكن كل من المتعاقدين إلخ فإن هذا وجه آخر غير الاستصحاب و انه هو الوجه الرابع ظاهرا بل هذا هو الصّحيح لقيام بناء العقلاء من المتدينين و غيرهم على ذلك، و عليه فالشرط الضمنى فى كل عقد البيع موجود على بقاء المعاقده على حالها و لا ينفسخ العقد بفسخ كل منهما كيف شاء و فى أىّ وقت أراد و ليس لأحد من المتبايعين أن يرجع الى الأخر بعد مده و يسترجع العوض منه بفسخ العقد و إلا لما استقرّ نظام المعاملات و لا أظنّ أحد ببقاء أمواله تحت يده و ان مضى على بيعه و شرائه سنين متماديه و قرون متواليه فإن العقد الجائز قابل الانهدام و لو بعد سنين و ح لا يستقر تملك الملاك فى مستملكاتهم المبتاعه من الغير و اختلف تجاره التجار و نظام الاكتساب كما هو واضح نعم هذا يتم فى البيع فقط و أما فى غيره كعقد السبق و الرمايه مثلا فلا يتم فيه ذلك مع الشك فى جوازه و لزومه إذ لم نحرز كونه بناء العقلاء فى غير

البیع و نحوه کالنکاح مثلا علی اللزوم حتی یعتبر اللزام بالشرط الضمنی کما لا یخفی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۹

و لذا ذکر المصنف أن الأصل بهذا المعنی انما ینفع مع الشک فی ثبوت خیار فی خصوص البیع لان الخیار حق خارجی یحتاج ثبوته الی الدلیل أما لو شک فی عقد آخر من حیث اللزوم و الجواز فلا یقتضی ذلک الأصل لزومه.

ثم ذکر المصنف (ره) و من هنا ظهر أن ثبوت خیار المجلس فی أوّل أزمنه انعقاد البیع لا ینافی کونه فی حدّ ذاته مبیّنا علی اللزوم لان الخیار حق خارجی قابل للانفکاک نعم لو کان فی أول انعقاده محکوما شرعا بجواز الرجوع بحیث یکون حکما فیه لا حقا مجعولا قابلا للسقوط کان منافیا لبنائه علی اللزوم.

و فیه أنه بعد ما تمّ بناء العقلاء علی عدم جواز رجوع کل من المتبایعین علی الآخر و صار بنائهم علی صیروره کل منهما أجنبیّا عن ما له بعد تمامیه العقد فکما لا ینافی ذلک ثبوت خیار المجلس أو الحیوان فی أوّل البیع لکونه تخصیصا للقاعده الثانیه ببناء العقلاء فکذلک لا ینافیه ثبوت الجواز الحکمی لعقد الهبه فإنّه أیضا یکون تخصیصا للقاعده و لا یفرق فی ذلک بین کون الجواز من الحقوق أو من الاحکام و انما یظهر الفرق بینهما من حیث إمکان الإسقاط و عدمه فان الجواز فی الهبه لا ینفکّ عنها و لو أسقطه الواهب ألف مرّه فإنّه بعد ذلک أیضا بالخیار و هذا بخلاف الجواز الحقی فإنه یسقط بالإسقاط کما عرفته فی أول البیع

و أما الأصل بمعنی الاستصحاب

فهو انما یتم إذا شک فی لزوم عقد و جوازه بعد إحراز أنه تحقق لازما و ثبت اللزوم له و لو

فی ان قبل الشک فإنّه حینئذ لا بأس بالتمسّک للاستصحاب لإثبات اللزوم و أما إذا کان العقد حین التحقیق جائزا و لم یطرء علیه اللزوم بعده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۰

ثمّ شککنا فی جوازه و لزومه فحینئذ نستصحب الجواز فیثبت عکس المقصود.

علی أن الاستصحاب انما یتم فی الشبهات الموضوعیه و امّا الشبهات الحکمیه فقد حققنا فی محله أنه لا یجری فیها الاستصحاب لکونه مبتلاـ بالمعارضه دائما، و علیه فإذا شککنا فی أن عقد السبق و الرّمایه جائز أو لازم فلاـ یمکن إحراز اللزوم فیه بالاستصحاب کما هو واضح

قوله بقی الکلام فی معنی قول العلامه فی القواعد و التذکره

أقول: اختلف الکلمات فی بیان مراد العلامه (ره) حیث قال انه لا یخرج من هذا الأصل إلا بأمرین ثبوت خیار أو ظهور عیب مع ان العیب من أسباب الخیار فعن جامع المقاصد أنه من قبیل عطف الخاص علی العام و هو کثیر فی کلمات الفصحاء و فی الکتاب العزیز (و فیها فاکهه و نخل و رمان مع ان الفاکهه شامله لما ذکر بعدها.

و فیه أنه انما یتم إذا ذکر فی المعطوف علیه أسباب الخیار فان العیب منها دون نفس الخیار و هما متباینان لا أن المعطوف علیه أخص من المعطوف.

و وجّهه المصنف بتوجیه آخر و حاصله: أن العیب سبب مستقل لتزلزل العقد فی مقابل الخیار، لان الخیار انما یتعلق بتمام العقد بحیث إذا اختار ذو الخیار الفسخ فینعدم العقد من أصله فیصیر کأن لم یکن، و أما إذا ظهر نقص فی أحد العوضین فان نفس ظهوره موجب لثبوت الأرش و ثبوت الخیار و لمالک العوض الناقص فی استرداد جزء من الثمن أو المثمن فالعقد بالنسبه إلی الجزء الناقص متزلزل قابل لإبقائه فی ملک المالک

الأول و إبقائه فيه فهذا خيار متعلق

بالمجموع من حيث المجموع لا بالجميع.

و فيه أولا ما ذكره المصنف (ره) من أنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامه ليتحقق انفساخ العقد بالنسبه إليه عند استرداده و قد صرّح العلامه فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرش كونه جزء من الثمن بل له ابدا له لأن الأرش غرامه و ح فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد.

و ثانيا ما ذكره السيد (ره) فى حاشيه من أنه لا يعقل الفسخ بالنسبه إلى الجزء الا برد ما يقابله من العوض إذ مقتضى مقابله المجموع بالمجموع كون بعض المبيع فى مقابله هذا الجزء من الثمن فإذا رجع الى المشترى يرجع ما يقابله إلى البائع فلا بد من التزام أن هذا الفسخ و الاسترداد ابطال و ازاله للعقد بتمامه و جعله واقعا على مجموع المبيع و ما بقى من الثمن و على هذا فالتزلزل انّما هو بالنسبه إلى الكل لا خصوص جزء الثمن.

و وجهه شيخنا الأستاد بوجه ثالث و حاصله أن ما ثبت ببناء العقلاء أو غيره من اللزوم انما ينحل إلى أمرين الأول انه ثبت بناء العقلاء مثلا على لزوم العقد بحيث ليس لكل واحد من المتعاملين أن يرجع الى الآخر بعد العقد بان يفسخ المعامله و يرجع الى ماله.

الثانى أنه ثبت بناء العقلاء على عدم مجواز مطالبه كل من المتعاملين من الأخر زائدا عن حقه الذى جرى عليه العقد و لكن يخرج من الأصل الأول بالخيار و من الأصل الثانى بظهور العيب فإنه يوجب مطالبه الأرش فقول العلامه إنما يخرج من هذا الأصل بالخيار ناظرا الى الأصل

الأول و قوله أو بظهور العيب ناظر الى الأصل الثانى و هذا الذى ذكره شيخنا الأستاد توجيه وجيه لا بأس به.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲

قوله فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

أقول

قد استدل المصنف على اللزوم بوجوه

منها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فذكر أن الآيه دلت على وجوب الوفاء بكل عقد و ادعى ان المراد بالعقد مطلق العهد كما فسّر به فى صحيحه ابن سنان المرويه فى تفسير على بن إبراهيم أو المراد منه ما يسمّى عقدا لغه و المراد بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه و الجرى العملى على طبقه نظير الوفاء بالنذر فإذا باع احد ماله من شخص فبمقتضى الآيه وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار الملكيه عليه و عدم جواز التصرف فيه و يحرم العمل بجميع ما يكون نقضا للعقد

و منها التصرّفات بعد الفسخ

فحرمه التصرف لازم مساو للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرّد فسخ احد المتعاملين فيستدل بالحكم التكليفى أعنى حرمه التصرف فى المبيع على الحكم الوضعى أعنى عدم نفوذ الفسخ و تأثره فى العقد فيكون العقد باقيا بعد الفسخ أيضا فى كل زمان و لا ينعدم بأى زمانى و قد تحقق فى الأصول ان الحكم الوضعى منتزع من الحكم التكليفى على مذهبه.

و أشكل عليه بأن وجوب الوفاء فرع وجود العقد و بعد الفسخ نشك فى بقائه فلا يتم الا بالاستصحاب الى أن قال نعم لو كان الموضوع صدور العقد و لو لم يكن باقيا كان كما ذكر لكنه مقطوع العدم إذ مع فرض زوال العقد لا يجب الوفاء قطعا.

و فيه أن موضوع وجوب الوفاء إلى الأبد انما هو العقد حدوثا فإنه به مجرّد حدوثه يثبت له وجوب الوفاء إلى الأبد فيكون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء المستمر بقاء فلا يكون مشكوكا فى نفسه لكونه مقطوعا فى ظرفه فيتمسك بالإطلاق بعد الفسخ أيضا فإن مقتضى ما ذكره المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳

من جرى العمل على طبق ذلك العقد الحادث لا يؤثر الفسخ

فى شى ء و لا يوجب كون العقد مشكوكا حتى تصل النوبه إلى الاستصحاب من جهه الشك فى بقاء الموضوع و عدمه.

نعم الملكيه تكون مشكوكه بعد الفسخ و لكنها أجنبيه عما ذكرناه و دعوا أن العقد بعد الفسخ يكون مشكوكا فى نفسه فلا يكون العقد محرزا حتى نتمسّك بالإطلاق واضح الدفع بما ذكرناه و يدفع ما ذكرناه بملاحظه الوقف و نحوه من كون العقد حدوثا موضوعا لوجوب الوفاء بقاء و على الإجمال أن العقد حدوثا يكون موضوعا لوجوب الوفاء بقاء و هو ليس بمشكوك أصلا حتى لا يفيد التمسک بالإطلاق و يلتجأ الى الاستصحاب بل هو مقطوع بعد الفسخ و قبله نعم بعد تحقيق الفسخ تكون الملكيه مشكوكه و لكنها لا ـ ترتبط لما نحن فيه و على هذا فكلما نشک فى ارتفاع ذلک اى وجوب الجرى على طبق العقد السابق فيتمسک بالإطلاق فكلام المصنف سليم عن هذا الاشكال.

نعم يرد على ما ذكره المصنف وجهان: الأول أن حرمه التصرف انما هى من الأحكام الشرعيه المترتبه على الملكيّه فلا ربط لها بالعقد الذى هو عباره عن الالتزام النفسانى فلا دلاله فى الآيه بناء على ما ذكره المصنف على لزوم العقد.

و توضيح ذلک أن الالتزام على شى ء قد يكون متعلّقا بالأمور الخارجيه كالنذر و العهد بأن يتعهد بالالتزام النذرى أو العهدى على فعل شى ء فى الخارج أو على تركه فيه و قد يكون متعلقا بأمر اعتبارى نفسانى أما الأول فيكون نقضه بالفعل الخارجى لكونه التزاما خارجيا بأن يترک ما التزام بفعله أو يفعل ما التزم بتركه و على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴

فيكون التصرّف الخارجى نقضا للالتزام و العقد فتدل حرمه التصرّف على حرمه الفسخ كما

ذکره المصنف.

و أما الثانی فرفعه بنقضه فی عالم الاعتبار و رفع المعاقده النفسانیه فلا ربط له بالتصرّف الخارجی حتی لو التزم بشیء و تعاهد علیه فی عالم الاعتبار و أوجد المعاقده الاعتباریه فی ذهنه و مع ذلک التزم و بنا علی التصرّف الخارجی و عدم ترتب الحکم علیه فلا یکون ذلک مخلا بالتزامه العقد أصلا، مثلا لو باع داره من زید و بنی أن یأخذها منه بعد الإقباض أو تزوج امرأه و بنی أن لا یعطی لها نفقتها فإن بنائه هذا لا یضرّ بالالتزام العقدی بوجه و علیه فالآیه الشریفه ناظره إلی الوفاء بالمعاقده الاعتباریه التی نقضها برفع تلک الاعتبار النفسانی لا بالتّصرّف الخارجی فلا تدل الآیه علی حرمه التّصرّف أصلا حتّی لو لم یکن دلیل علی حرمه التصرّف فی مال غیره لم یظهر ذلک من الآیه و لجاز أن یبیع أحد أمواله ثمّ یتصرّف فیها تصرفا خارجیّا و هذا واضح جدا.

و ثانیا لو سلمنا کون التصرف نقضا للعقد فلما ذا یحرم التصرّف بعد ذلک التّصرّف الأولی فإن لازمه جواز التصرّف الثانی و الوجه فیه هو الموجود فی مقام البیع و النکاح و الإجاره و غیرها من العقود هو الأمر الوجدانی المستمر فإذا انقطع ذلک فی آن فیرتفع العقد بارتفاع الاستمرار و بعده لا یبقی موضوع لوجوب الوفاء أصلا.

نعم لو کان هنا أمور متعدده و التزامات و عقود متکثره حسب تعدد الآنات و الساعات و الأیام کان هنا أیضا وجوب متعدد منحل إلی الأزمنه المتعدده فلا یکون عدم الوفاء بواحد موجبا لرفع الحکم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۵

عن الآخر و لکنه بدیهی البطلان فان ما نحن فیه نظیر النذر أو العهد أو الیمین

على القعود فى مكـان من أول الصـبح الى المغرب فإذا تخلف أنا واحـدا و لم يجلس فيه فيرتفع وجوب النـذر و لا يجب بعـده- الجلوس فى ذلك المكان و يترتب عليه حكم مخالفه النذر و العهد و اليمين.

و ليس المقـام من قبيـل النـذر على إيجـاد أمور عديـده بحيث لا يسـتلزم الخلف فى واحـد الخلف فى الآخر كأن ينـذر أن يزور الحسـين عليه السلام فى كل ليله الجمعه و لكن تخلف و لم يزر ليله واحده فإنه لا يوجب الحنث فى الليالى الأخر أيضا بل النذر فى مثل هذا ينحل الى نذور متعدده و يترتب على كل واحد منها حكمه.

و التحقيق هو مـا ذكرناه فى بحث المعاطاه من أن الوفاء عباره عن انتهاء الشـى ء و إتمامه و منه الـدّرهم الوافى أى التمام فالمراد من الأمر بالوفاء عباره عن الأمر بالتمام العقـد الـذى عباره عن المعاقـده و المعاهـده فتـدلّ الآيه على وجوب إتمام العقـد و عـدم جواز فسـخه و لكن حيث أنّه ليس الفسـخ من المحرّمـات قطعا فان رفع الالتزام النفسانى و الاعتبار النفسـى و عـدم الوقوف على الالتزام الاولىّ ليس من المحرّمات قطعا الا بعنوان التشريع و النسبه إلى الشارع فيكون الأمر للإرشاد الى عدم تأثير الفسخ فى رفع الالتزام نظير عدم صحه الصلاه عن الحائض و كون الأمر بتركها إرشادا الى ذلك فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و بعبـاره أخرى الظهور الأـولى للأمر هو الوجوب المولوى كمـا حقق فى محلّه و لكن نرفع اليـد عنه بالقرائن الخارجيه و يحمل على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶

الإرشاد و فى المقام أن الأمر بالوفاء على العقد و أن كان ظاهرا فى المولويه فى نفسه و لكن بما

أن الفسخ المتعلق به ليس من المحرّمات بحيث يحرم لأحد المتعاملين ان يفسخ التزامه و ينقضه و لا ينهاه الى الآخر فيكشف من ذلك عدم كونه ظاهرا فى الوجوب المولوى و يحمل على الإرشاد فتكون الآيه ابتداء داله على اللزوم بالمطابقه و ان العقد لا ينقض و ينفسخ بالنقض و الفسخ فلا نحتاج فى استفاده اللزوم الى الالتجاء بكون الحكم الوضعى منتزعا من الحكم التكليفى كما صنعه المصنف على أنه لا يمكن المساعده عليه فى نفسه كما حققناه فى علم الأصول و قلنا أن الاحكام الوضعيه بنفسها مجعوله للشارع.

و قد أشكل على الاستدلال بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على اللزوم بناء على ما ذكرناه من دلالتها على اللزوم بالمطابقه بأن مبنى الاستدلال بهذه الآيه على اللزوم هو أن الأمر فى الآيه انما هو إرشاد إلى اللزوم لان رفع العقد و فسخه و هدم كل من المتبايعين التزامه بدون رضا الآخر ليس حراما فى الشريعه غايه الأمر أنه لا يؤثر فى رفع العقد و لا يوجب نقضه و رفعه إلا مع رضا الآخر ليكون اقاله فيكون الأمر بهذه القرينه إرشادا الى أن العقد لا ينحل و لا ينفسخ بالفسخ و لا ينقض بالنقض فتدل الآيه بالمطابقه على اللزوم.

و أشكل عليه بأن الأمر فى المقام يدور بين رفع اليد عن ظهور الأمر فى المولويه و حمله على الإرشاد كما ذكرتم و بين رفع اليد عن ظهور أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى جميع العقود حتى الالتزامات الخارجيه من النذر و العهد و غيرهما و الالتزامات النفسيه كالعقود من البيع و نحوه فتخصيصها بالالتزاميه الخارجيه فقط حتى لا يقال أن الفسخ ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷

من المحرمات بل تختص الحكم

بالوفاء فى الآيه بالنـذر و العهـد و نحو هما من الالتزامات الخارجيه فلا مرجع لرفع اليـد عن ظهور الأمر فى المولويه و حمله على الإرشاد دون الثانى فتكون الآيه مجمله فلا يمكن الاسـتدلال بها على اللزوم. و فيه أن هذا الدوران ممنوع جدا فان معنى رفع اليد عن ظهور الأـمر و حمله على الإرشـاد ليس هو ذلـك بـل معنـاه انا نرفع اليـد عن ظهور الأمر فى الوجوب التكليفى و نحمله على الإرشاد و هـذا لا ينافى المولويه فالأمر على كل حال باق على مولويته سواء حملناه على الإرشاد به أم لا و لكن بمقتضـى القرينه المتقـدمه نحمله على- الإرشـادى المولوى و الوجه فى ذلك هو أن المعنى الإرشادى غير ما ذكروه من حمل الأمر على الإرشاد مقابـل المولوى فإنه إرشاد إلى حكم العقل كما فى أطيعوا اللّه و أطيعوا الرسول فإنه فى موارد حكم العقل لا مجال للمولويه فلا بـدّ من حمـل الأـوامر الوارده فى تلك المقامات على الإرشاديه و كونها إرشادا إلى حكم العقل فقط و هـذا بخلاف حمل الأمر على الإرشـاد مقابـل الوجوب و التكليف فـإنه مع كون الأـمر إرشاديـا فهو باق على مولويته أيضا فإن إمضاء العقـد و جعله لازما بحيث لـم ينفسـخ بالفسـخ هـذا أيضـا حكـم مولوى و ثابت بجعل الشارع كما أن الأمر بالوضوء عقيب الأحـداث الناقضه للوضوء إرشـاد إلى بطلان الوضوء بها و الأوامر و النواهى المتعلقه بأجزاء الصـلاه إرشاده إلى المانعيه أو الجزئيه و مع ذلك كلها أحكام مولويه فـإن أجزاء الصّـلوه و موانعهـا كلها مجعوله للشارع فالأمر بها مولوى محض غايه الأمر ليس تكليفيّا و على هـذا فإذا حملنا الأمر بالوفاء بالعقود على الإرشاد فلا يكون رفعا

للید عن ظهور الأمر فی المولویه بل رفع الید عن ظهوره

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۸

فی الوجوب.

و علی هذا فتدل الآیه علی لزوم الوفاء بکل عقد حتی العقود و الالتزامات الخارجیه و لیس دائرا بین رفع الید عن ظهور الأمر فی المولویه أو عن ظهور المعقود فی الأعم من الالتزامات النفسیه و الالتزامات الخارجیه بل أرید من الأمر المولویه و هو عباره عن إظهار ما فی النفس من اعتبار الفعل علی ذمه المکلف سواء کان علی سبیل التکلیف أو لا فهذا المعنی یختلف بحسب الموارد ففی مورد یکون إمضاء محضا فقط کما فی البیع و نحوه فإنّه إمضاء لما عقده المتعاملان بعنوان المولویه و فی العهد و النذر علی نحو التکلیف و علی هذا فمعنی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أی أوفوا بجمیع عهودکم و عقودکم و التزاماتکم النفسیه و الخارجیه فیشمل ذلک عهد اللّه علی العباد الذی عهد علیهم فی عالم الذر بقوله جل و علی أَ لَمْ أَعْهَدْ إِلَیْکُمْ یا بَنِی آدَمَ أَنْ لا تَعْبُدُوا الشَّیْطانَ إِنَّهُ لَکُمْ عَدُوٌّ مُبِینٌ.

و أیضا یشمل عهد العباد علی اللّه تعالی کالنذر و العهد و الیمین و یشمل عهد العباد بعضهم بعضا کما فی موارد العقود.

و علی الاجمال فالآیه وافیه الدلاله علی اللزوم دلاله مطابقیه کما عرفت.

قوله و من ذلک یظهر لک الوجه فی دلاله قوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ علی اللزوم.

أقول حاصل کلامه أن المراد من حلیه البیع هو حلیه جمیع التصرفات التی تترتب علی البیع و یجوز لکل من المتبایعین أن یتصرّف فیما انتقل الیه جوازا تکلیفیا مطلقا فهو یشمل ما بعد الفسخ أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۹

فیدل علی عدم تأثیر الفسخ فی

العقد و كونه لغوا و الا لكان التصرف بعد الفسخ تصرّفا محرما لكونه فى مال الغير فهذا المعنى يستلزم اللزوم فتدل الآيه على أن الأصل فى العقود هو اللزوم بالالتزام و قد حقق فى محلّه أن الدلالات الالتزاميه حجّه فى باب الألفاظ و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليه أكل المال بالتجاره عن تراض فإنه يدل على أن التجاره سبب لحليه التصرّف بقول مطلق حتى بعد الفسخ فتدل هذه الآيه أيضا على أصاله اللزوم بالالتزام فان لازم جواز التصرف حتى بعد فسخ أحد المتعاملين هو لزوم العقد و عدم انحلاله بالفسخ و الا لكان التصرف بعد الفسخ حراما كما لا يخفى.

و قد أشكل المصنف (ره) على الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم و أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن التمسك بالإطلاق إنما يفيد إذا كان الشك فى قيود الموضوع و حالته و أنحائه مثلا إذا قال المولى جئنى بالماء فتمسك بإطلاق كلامه بالنسبه إلى حالات الماء و نحكم بجواز إتيان أىّ ماء بحيث صدق عليه الماء كما يمكن أن يكون الحكم بالنسبه إلى حالات الموضوع مقيدا أيضا فالمقصود أن الإطلاق و التقييد فى الحكم انما هو بالنسبه إلى حالات الموضوع فقط.

و أما بالنسبه إلى حالات الحكم أو رافعه فلا يمكن أن يكون الحكم مطلقا أو مقيدا كما أن الاحكام الثابته على الأشياء بعناوينها الأوليه لا إطلاق لها بالنسبه إلى العناوين الثانويه.

و السر فى ذلك أن المحكوم عليه ليس ناظرا الى نفسه فضلا عن أن يكون مطلقا بالنسبه إلى حاكمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰

و فى المقام إذا كان الفسخ مؤثرا فإنّما هو يؤثر فى رفع نفس الحليه و عليه فلا إطلاق فى الحليه

إلی رافعها فان الحکم لیس له إطلاق إلی حالات نفسه فضلا عن أن یکون له إطلاق إلی رافعه و حینئذ فلا یمکن التمسک بالآیتین لإثبات أصاله اللزوم و عدم تأثیر الفسخ فی رفعه نعم لا بأس بجریان الاستصحاب فی صوره الشک ثمّ وجه شیخنا الأستاذ جهه تخصیص المصنف هذا الاشکال بالآیتین و عدم جریانه فی الآیه السابقه علیهما أی آیه أوفوا.

و حاصله أن موضوع وجوب الوفاء کما ذکرناه هو المعنی المصدری من العقد الذی یعبر عنه فی لغه الفرس بلفظ (گره زدن) دون الاسم المصدری أعنی العقده الحاصله من المعنی المصدری الذی یعبر عنه فی لغه الفارس بلفظ (گره) فإذا تحقق الفسخ فلا یکون مانعا عن التمسک بالإطلاق فنتمسک بإطلاق أوفوا و نحکم بعدم تأثیره فی رفع العقد فإنه لا یکون ما هو موضوع وجوب الوفاء أعنی العقد بمعنی المصدری مشکوکا بالفسخ کما تقدم و انما یکون المشکوک هو العقده أی العقد بمعنی الاسم المصدری فیجوز التمسک بالإطلاق کما لا یخفی.

أقول الظاهر أنه لا یتم الاستدلال بالآیتین علی أصاله اللزوم و علی تقدیر تمامیته لا یرد علیه الاشکال المذکور و علی تقدیر وروده فلا فارق بین الآیتین و بین آیه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

قلنا فی المقام ثلاث دعاوی الدعوی الاولی أنه لا یتم الاستدلال بالآیتین علی أصاله اللزوم و الوجه فی ذلک هو أن المراد من الحلیه إما الحلیه الوضعیه أو الحلیه التکلیفیه أو الأعم منهما و علی کل حال لا دلاله فی الآیه علی أصاله اللزوم بوجه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۱

أما إذا کان المراد من الحلیه هی الوضعیه فلان معنی ذلک لیس الا نفوذ البیع فی مقابل استناد الحرمه و عدم النفوذ الی الربا

فلا تعرض فيها لارتفاعه أو عدم ارتفاعه بالفسخ أصلا كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبٰا لا يدل على أزيد من حرمه المعامله الربويه فبقرينه المقابله تكون الحليه وارده على أصل البيع من حيث الحدوث أى أن البيع جائز و نافذ فى الشريعه المقدسه و ليس مثل الربا كما زعمه أهل الجاهليه فلا دلاله فيها إلى حليه التّصرّفات المرتبه على البيع.

و على الاجمال ليست الآيه متعرضه لبقاء البيع و عدم بقائه بعد التحقق و أن الفسخ يؤثر فيه أم لا و انما هى ناظره إلى أصل ثبوت البيع و نفوذه فى الشريعه المقدسه.

و أما إذا كان المراد من الحليه هى الحليه التكليفيه فلان الآيه أيضا ناظره إلى استناد الجواز و الإباحه إلى البيع و كونه غير محرم فى الشريعه بقرينه مقابله بحرمه الربا فان غرضه تعالى استناد الحرمه فقط الى الربا و بيان كونه حراما فى الشريعه كشرب الخمر بل يعاقب كاتبه و شاهده و البائع و المشترى فليست الآيه ناظره إلى جواز التصرف أصلا أى التصرفات المترتبه على البيع بل ناظره إلى حليه نفس البيع كما أن قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبٰا ناظر إلى حرمه نفسى فإنه من المحرمات الشرعيه حتى يقتل منكر حرمته و تبان زوجته و تقسم أمواله و ليس البيع و الربوى مثل بيع الغررى أو بيع أو ما ليس عندك أو بيع ما لا يقدر على تسليمه و غير ذلك من البيوع الفاسده فإنها فاسده فقط و ليس بحرام تكليفا الا بالتشريع فلو باع احد بالبيع الفاسد لا يكون فاسقا بخلاف البيع الربوى و مقابل هذا اى البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲

الربوى الحرام تكليفا هو البيع الحلال

الذی رخص فیه الشارع تکلیفا و أما التصرفات المترتبه علیه فاجنبیه عنه فلا دلاله فی آیه حلیه البیع علی اللزوم.

و من هنا ظهر الحال لو أرید من الحلیه الحلیه الوضعیه و التکلیفیه معا کما لا یبعد ان یکون هو المراد من الآیه فان معنی الحلّ فی اللغه هو الإطلاق و یعبر عنه فی الفارسیه بکلمه (گرده زدن و باز نمودن) و هو أعم من الحلیه الوضعیه و التکلیفیه لأنه لم یکن استعمال الحلیه تاره فی الوضعیه و أخری فی التکلیفیه مرسوما فی اللغه و زمان النبی (ص) و الأئمه علیهم السلام و انما هو اصطلاح جدید فی السنه الفقهاء رضوان اللّه علیهم فلا یلزم من استعمال کلمه الحل فیهما استعمال اللفظ فی أکثر من معنی واحده.

و علی الجمله فالحلیه عباره عن الإطلاق فهو یختلف بحسب المصداق لأنه تاره تکون وضعیه بمعنی نفوذ المعامله و أخری تکلیفیه بمعنی الجواز و عدم المنع عنه شرعا.

و علی کل حال فالآیه ناظره و الی ثبوتها للبیع و کونه حلالا فی الشریعه المقدسه وضعا و تکلیفا و أما انه لا یرفع بالفسخ أو یرفع به فالآیه أجنبیه عن ذلک بالمره فتحصل أن الآیه لا تعرض فیها عن حلیه التصرفات المترتبه علی البیع فضلا عن استفاده اللزوم من ذلک بالالتزام.

و من هنا ظهر الحال فی قوله تعالی إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ بل الأمر فیه أوضح فإن المراد من قوله تعالی فی المستثنی منه لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ لیس هو الأکل بمعنی الازدراد لأنه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۳

إنما أضیف إلی الأموال و من الواضح أن المأکولات بالنسبه إلی غیرها کقطره من البحر فبمناسبه الحکم و الموضوع

فلاـ بدّ و أن يراد منه التملک بأخذ الأکل کنايه عنه کما هو المستعمل فی ذلک کثيرا حتی فی العرف الحاضر و قد استعمل الأکل بمعنی التملک فی الکتاب الکريم فی غير هذا المورد أيضا کقوله تعالی وَ تُدْلُوا بِهٰا إِلَی الْحُکّٰامِ لِتَأْکُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوٰالِ النّٰاسِ بِالْإِثْمِ.

و علی هذا فمعنی الآيه أن تملک أموال الناس بأی سبب من الأسباب حرام و غير جائز شرعا الا ان يکون التملک بسبب و هو التجاره عن تراض فإنه جائز و حلال فی الآيه ناظره إلی أصل جواز التملک و أما التصرّفات المترتبه علی التملک فخارجه عن حدود الآيه بالکليه فضلا عن دلالتها علی أصاله اللزوم.

و الحاصل أنه استدل المصنف بأيه حلّ البيع علی لزوم العقد بدعوی أنها تدل بالمطابقه علی حليه مطلق التّصرّفات حتی التّصرّفات الواقعه بعد الفسخ و من الواضح أنه لو کان الفسخ مؤثرا فی حلّ العقد و إعدامه لکانت التصرفات الواقعه بعد الفسخ محرّمه فتدل الآيه بالملازمه علی لزوم البيع و عدم انفساخه بالفسخ و بهذا يظهر دلاله آيه النجاره عن تراض اعنی قطعه المستثنی فإنها تدل بالمطابقه علی حليه الأکل بالتجاره عن تراض مطلقا.

و بعباره اخری انها ظاهره فی أن التجاره عن تراض سبب لحليه التصرف بقول مطلق حتی بعد الفسخ من أحدهما من دون رضی الآخر. ثمّ أشکل علی الآيتين بان الفسخ رافع للحليه فلا يکون الحکم شاملا بإطلاقه لرفع نفسه و أوضحه شيخنا الأستاذ بأن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۴

الحکم انما له إطلاق بالنسبه إلی حالات الموضوع و قيوداته و اما حالات نفس الحکم فضلا عن رافعه فلا إطلاق له بالنسبه إليها فإنه لا يعقل أن يؤخذ الحکم مطلقا

بالنسبه الى حاله نفسه و روافعه ثم فرق بين هاتين الآيتين و بين آيه أوفوا بدعوى أن موضوع الوفاء فى آيه أوفوا هو العقد بمعنى المصدرى فهو قطعى الوقوع فلا يكون مشكوكا بالفسخ و انما المشكوك بعد تحقق الفسخ هو العقد بمعنى الاسم المصدرى فتدل الآيه على حليه التصرفات المترتبه على العقد بمعنى المصدرى مطلقا حتى بعد الفسخ كما هو مبنى استدلال المصنف فشك فى رافعيه الفسخ العقده لئلا يجوز التصرّفات بعد الفسخ فنتمسک بإطلاق الآيه و نحكم بعدم تأثير الفسخ بوجه فليس الفسخ رافعا لنفس الحليه حتى لا يمكن التمسک بإطلاق فتدل الآيه على اللزوم بالالتزام كما هو واضح و هذا بخلاف الآيتين كما عرفت الحال فيهما.

و لكن قلنا أنه لا ـ يمكن التمسک بالآيتين على إثبات اللزوم فى العقود و على تقدير تماميه الاستدلال بهما على اللزوم فلا يرد عليه ما أورده المصنف و لو تم الاشكال فهو مشترک المورود للآيتين و آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما ذكره السيد و لكن ببيان آخر و لنا فى المقام ثلث دعاوى الاولى فى عدم صحه الاستدلال بالآيتين على أصاله اللزوم فنقول ان المراد من الحليه إما وضعيه أو تكليفيه أو الأعم منهما و على كل حال لا دلاله فى الآيتين على المقصود أما إذا كان المراد منها الحليه الوضعيه فلان معناه نفوذ البيع و صحته فى الشريعه الإسلاميه و قد تدل آيه حل البيع على كونها مستنده الى البيع فلا دلاله فيها على أزيد من استناد الحليه الوضعيه إلى البيع و تدل على ذلک مقابلته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵

باستناد الحرمه إلى الرّبا فان معنى حرمه الرّبا بناء على أخذ الحرمه أيضا وضعيه بقرينه المقابله

هو عدم نفوذ الرّبا و أنه فاسد فى الشريعه من غير تعرض إلى حرمه التصرفات و على الإجمال فالآيه ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و استناد الحرمه إلى الربا فقط فلا دلاله فيها على حليه التصرّفات المترتبه على العقد حتى بعد الفسخ ليستفاد منه اللزوم فان مقابله حليه البيع مع حرمه الرّبا تقتضى استنادهما إليها فقط فان الغرض من قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبٰا هو ذلك فيكون هذا قرينه لا يراد من حليه البيع أيضا هذا المعنى.

و أما إذا كان المراد من الحليه هى التكليفيه فالآيه ناظره أيضا الى استناد الحليه التكليفيه فقط الى البيع بقرينه مقابلته مع حرمه الرّبا فإنها ناظره إلى استناد الحرمه التكليفيه فقط الى الرّبا و امّا جواز التصرّفات المترتبه على العقد حتى بعد التصرف فلا يستفاد من الآيه لخروجها عن مفادها بالكليه فيكون الغرض إثبات إباحه البيع فى الشريعه المقدسه حتى البيع الفاسد لعدم كونه حراما كما ان حرمه الربا ناظره إلى إثبات حرمته فى الشريعه و هكذا الكلام إذا كان المراد من الحليه أعم من الوضعيه و التكليفيه كما هو الظاهر بحسب لحاظ المعنى اللغوى كما عرفت.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بايه التجاره عن تراض أيضا فإنها جمله استثنيت عن حرمه أكل المال بالباطل و من الواضح أن المراد من حرمه الأكل بالباطل انما هو حرمه التملك كما هو المستعمل بهذا المعنى فى القرآن و فى محاوره اليوم فيقال ان فلانا أكل دار فلان مثلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶

فتكون الآيه ناظره الى عدم جواز تملك مال الغير بغير التجاره عن تراض أو عدم نفوذه و أما حرمه التصرفات أو جوازها المترتبه على الأكل بالباطل

أو التجاره عن تراض فخارجه عن الآيه.

و بعباره اخرى أن الآيتين ناظرتان الى حكم البيع و التملك من حيث الوضع أو التكليف حدوثا فقط لا بقاء حتى يتمسك بالإطلاق حتى لو لم يكن عندنا ما دل على حرمه التصرف فى مال الغير لقلنا بحرمه التملك بهذه الآيه و بجواز التصرف بالأصل و كان لأحد أن يبيع ماله ثمّ لا يسلمه بل يتصرف فيه كيف يشاء فإن الآيه لا تدل على ذلك كما ذكره السيّد (ره) أيضا فراجع.

و أما الإشكال الذى ذكره المصنف و قربه و أوضحه شيخنا الأستاذ فلا يرد عليها بوجه و ذلك فلانه و ان لم يكن للحكم إطلاق بالنسبه إلى حالات نفسه و رافعه فإنه حكم مسلم و قاعده مبرمه فان ملاحظه الإطلاق فرع ورود الحكم على الشى ء فلا يعقل أن يلحظ الإطلاق أو التقييد إلا بالنسبه إلى موضوع الحكم أو متعلقه كما هو واضح.

و لكن المقام ليس كك فان رافع الحليه ليس من حالات الحكم و توضيح ذلك أنا ذكرنا فى محله مرارا أن الإطلاق ليس الا ما يمكن للمتكلّم أن يصرح به كما أن التقييد كك مثلا إذا قال المولى أعتق رقبه فمعناه أعتق رقبه سواء كانت مؤمنه أم غير مؤمنه كما أن معنى أعتق رقبه مؤمنه معناه أعتق رقبه ان كانت مؤمنه فما للمولى أن يصرح به من الإطلاق و التقييد يطويه فى كلامه على سبيل الإطلاق أو التقييد ففى المقام له أن يأخذ الحليه مطلقه بالنسبه إلى رافعها و يقول أحل اللّه البيع سواء فسخ أحد المتبايعين أم لا و له أن يصرح بالتقييد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷

و يقول أحل اللّه البيع ان لم يفسخ

أحدهما و لكن لم يصرح بالإطلاق و انما سكت عنه و لكن اكتفى منه بعدم التقييد فبمقدمات الحكمه نستفيد الإطلاق و نحكم بحليه البيع و التصرّفات المترتبه عليه حتى بعد الفسخ.

و السّر فى ذلك أن للجاعل أن يأخذ حكمه مطلقا أو مقيدا بالنسبه إلى رفع شخص آخر لذلك الحكم فيقول أمضيت البيع أن لم يرفعه فلان أو أمضيته سواء رفعه فلان أم لا أو يقول أكرم العلماء ان رضى فلان أو يقول أكرمهم سواء رضى فلان أم لا فرفع شخص آخر الحكم ليس من قبيل حالات الحكم حتى لا يمكن تكفل الحكم بالطلاقه شموله لما بعد تحقق الرفع كما هو واضح.

و على تقدير ورود الاشكال على الآيتين فلا تختص الاشكال بهما بل يجرى فى آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا فإنه بناء على مسلك المصنف انها تدل على حليه التصرّفات المترتبه على العقد على وجه الإطلاق حتى بعد التصرّف و من الواضح أن الفسخ رافع لها فكيف يؤخذ الحكم مطلقا بالنسبه إلى رافعه فالمقصود أن ميزان الاستدلال بالآيات الثلثه واحده عند المصنف فما ذكره من الإشكال أيضا مشترك الورود بالنسبه إليها.

و قد عرفت دلاله آيه الوفاء على اللزوم بالمطابقه و عرفت أيضا عدم دلاله آيه أحل الله البيع عليه و قلنا أن الآيه ناظره إلى استناد الحليه إلى البيع و انها مستنده إليه فى الشريعه سواء كانت وضعيه أو تكليفيه أو كليهما بقرينه قوله تعالى وَ حَرَّمَ الرِّبٰا فإنه ناظر الى استناد الحرمه إلى الرّبا و أما حليه التصرّفات فضلا عن كونها مطلقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸

حتى بعد الفسخ فليست الآيه متعرضه لها بوجه كما لا يخفى.

و كذلك قوله تعالى تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ فإنه

ناظر الى جواز التملك بالتجاره عن تراض لكونه استثناء عن حرمه أكل المال بالباطل و هو التملك بالباطل فليس فيه أيضا التعرض بحليه التصرّف بوجه و ان كان التملك يترتب عليه جواز التصرّفات و لكنه بدليل آخر و ليس مستفادا من الآيه كما لا يخفى فافهم.

نعم قد الاستدلال بالآيتين بوجه آخر و حاصله أن معنى الخيار فى البيع و نحوه هو كون التمليك مقيّدا بجهه خاصه لا من حيث الأمد و المدّه بأن يكون الى زمان خاص بل من حيث خاص و هو أن ذى الخيار مالك لإرجاع العين بحلّ العقد و فسخه فإذا باع شيئا مع الخيار فمعناه انّه مالك لإرجاعه الى ملكه ثانيا و هذا بخلاف ما لم يكن له الخيار فإنّه يملك ماله من المشترى على نحو الإطلاق و غير مقيّد بجهه خاصه و هذا القيد الذى نسميه خيارا لا يجعل الملك مقيدا كما عرفت بأن يكون التمليك الى وقت و لا أنه يقوم بالملكيه فإنّه باق على حاله مع التّلف أيضا فلو كان قائما بالملكّيه لما بقى بعد تلف العين مع انّه غير باق كما قلنا فإن لذى الخيار أيضا إعمال خياره بعد تلف العين و يترتّب عليه حكمه بل متعلقه هو العقد فقط ليس الّا.

و لا ينافى هذا الخيار بالملكّيه الأبديه أصلا فإن شأنه شأن رافع العقود و الإيقاعات فكما أن إطلاق رافع للنكاح و الإقاله رافع للعقد فكك الخيار فمالكيه ذى الخيار على رفع العقد و إرجاع المبيع على ملكه ليس تناقضا بوجه و ليس معنى بعت مع الخيار أن الملكيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹

باقيه بعد اعمال الخيار فلو كان معنى جعل الخيار و القدره و

المالکیه علی إرجاع المال إلی الحاله الأولیّه هو أن الملکیه باقیه بعد اعمال الخیار أیضا لکان هذا تناقضا فتحصّل ان مرجع جعل الخیار هو إبقاء المالکیه علی ذی الخیار فیما انتقل عنه فی جهه خاصه و هی إرجاع العین الی ملکه ثانیا و ثبوت القدره له علی رفع العقد و هدمه کما أن الطلاق أو الإقاله یرفع العقد.

و علی هذا فقوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ هو جعل البیع ثابتا فی محله فانّ معنی أحلّ هو إقرار الشی ء فی محلّه أحلّه ای أمره فی محلّه و کونه ممضی فی نظرا الشّارع و أن المتبایعین فی حل فی ذلک و مرخصون فی فعله و إیجاده و لیس لهم منع عن ذلک و لیس البیع ممنوعا عنه فی نظره و خارجا عن مقره فی نظر الشّارع بل واقع فی محلّه و مقرّه فان الشّارع أحله و أقره فی مقرّه.

و لا شبهه أن هذا الکلام من الشّارع المقدّس إمضاء لما أنشأه المتبایعین و من الواضح أن المنشأ فی البیوع المطلقه أی فیما باع المالک ماله مطلقا و یبقی لنفسه جهه خاصه هو مطلق التملیک الغیر المقید بشی ء خاصّ و هو إبقاء المالکیه لنفسه فی جهه خاصه فإمضاء هذا یکون إمضاء مطلقا فلو کان الإمضاء مقیدا لحصل التناقض ح فقوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ هو إقراره فی مقره و محلّه و الموضوع فی مقره هو هذا العقد المطلق بحیث لیس للمالک السابق فیه مالکیه علی جهه خاصه کما لا یخفی و هکذا تجاره عن تراض فتدل الآیتین علی اللزوم بهذا البیان.

قوله و منها قوله تعالی وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ

أقول

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰

حاصل کلامه أن الآیه دلّت علی حرمه الأکل و التّملّک بکل وجه

باطـل عرفـا الاـ موارد ترخيص الشّارع فإنّه ليس باطلا عرفا و من الواضـح جـدا ان أخـذ مال الغير و تملّكه بالفسـخ من دون اذن صـاحبه باطـل عرفـا و فيه منع الكبرى فـإنّه من أين علم أن المراد من الباطـل هو الباطـل العرفى و من أخبر بـذلك بل الباطل هو مقابـل الحق فما سوى اللّه باطل فى مقابل الحقّ جلّ و علا و من هنا قيل أن أصـدق شـعر صـدر فى الجاهليه هو قول الشاعر (ألا كـل شـى ء مـا خلا اللّه باطل) و البيع حق و مقابله الرّبا باطل و هكـذا فالمقصود أن الألفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه و المفاهيم العامّه فلا وجه لتخصـيصه بجهه خاصّه بل ينطبق ذلك الكلّى على المصاديق و كـذلك الباطل فإنّه موضوع لمقابل الحقّ و هـذا يختلف باختلاف الموارد فلا وجه لتخصيصه بالباطل العرفى و عليه فالتمسّك به لكون الفسخ من الباطل من قبيل التّمسّک بالعام فى الشّبهه المصـداقيه و أيضـا نمنع الصـغرى فـإنّه من أين علم أن الفسـخ باطـل عرفى بـل نشك فى ذلك فلا يمكن التمسّـك بالمطلق فى الفرد المشكوك و إثبات كونه فردا للمطلق.

نعم يمكن التمسّـك بالآـيه لإثبات اللزوم بمجموع المسـتثنى و المسـتثنى منه فإن الآيه الشّـريفه فى مقام حصـر التملّك الشـرعى بالتّجاره عن تراض و من الواضح جدا أن التملك بالفسخ مع عدم رض الآخر ليس منها فتدل على اللزوم.

استدل المصنف (ره) أيضا بهذه الآيه على اللزوم بدعوى أن المراد من الباطل هو الباطل العرفى و أن الفسخ من ذلك.

أقول أن المراد من الباطل ما هو مقابل الحق فإن الألفاظ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱

موضوعه للمفاهيم العامّه فينطبق ذلك على موارده فلا وجه لتخصيص الموضوع له

بالباطل العرفى و من هنا أطلق الباطل على مقابل الحق فى تعدد جنود العقل و الجهل فى روايه الكافى، و عليه فالتمسک بالآيه من قبيل التمسّک بالعام فى الشبهه المصداقيّه لأنا نشک فى أن الفسخ مصداق للباطل أم لا.

و لو سلمنا أن المراد من الباطل الباطل العرفى و لكن يصحّ الاستدلال بالآيه إذا كان خروج الموارد الّتى رخص الشّارع فى التصرّف فيها كالشفعه و حق الماره و نحوهما بالتخصيص فإنّه ح يمكن أن يقال أن الفسخ ليس من الموارد الّتى خرجت عن الآيه بالتخصيص فيكون التّملّک به أكلا للمال بالباطل لكونه باقيا تحت الآيه.

و ان قلنا انّ خروجها بالتخصص كما ذكره المصنف فحينئذ لا ندرى أن الفسخ من افراد الخارج أو من افراد الباقى فيكون التمسّک بالآيه من قبيل التمسّک بالعام فى الشبهات المصداقيه فهو لا يجوز، نعم يجوز التمسّک بالاستصحاب و لكنّه خروج عن الفرض نعم يجوز التّمسّک بمجموع المستثنى و المستثنى منه الإثبات اللزوم كما تقدّم.

قوله (ره) و مما ذكر يظهر وجه الاستدلال بقوله عليه السلام لا- يحلّ مال امرء إلخ.

أقول: ان كان المراد من الحليه هى الحليّه التكليفيّه فلا تدل الروايه على اللزوم لأن التقدير أنه لا يحلّ التصرّفات فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و نشک فى أن التصرّف بعد الفسخ من التصرّف فى مال امرء مسلم بدون إذنه أم لا لأنا نحتمل أن يكون ذلک تصرّفا فى مال نفسه فيكون حلالا فلا يمكن التمسّک بإطلاق الروايه فى إثبات

أن هذا الفرد المشكوک مصداق للتصرّف المحرّم.

و ان كان المراد من الحليه هى الوضعيه فيكون المعنى أنه لا ينفذ التصرّف فى مال امرء مسلم الّا بطيب نفسه فتدل الروايه على اللزوم بدعوى أن نفوذ التصرّف فى مال الغير منحصر

بكونه عن طيب نفسه و من الواضح أن التصرّفات الواقعه بعد الفسخ ليس عن طيب نفس من المالک فلا تكون نافذه.

و أما الجامع من الحليّه التكليفيّه و الحليّه الوضعيّه و ان ذكرنا إمكان إراده الجامع فی قوله تعالى أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ بل قلنا أنه الظاهر فان الحل بمعنى الترخيص و فی لغه الفارس (باز كردن و رها كردن) و من الواضح أنه أعم من الوضع و التّكليف و لم يكن التفكيک بينهما مرسوما فی السابق بل جرى عليه الاصطلاح بين الفقهاء كما ذكرناه فی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و لكن لا يمكن اراده الجامع فی الرّوايه فإنه لو أريد من الحليه التكليفيه فمعنى الرّوايه كما عرفت أن التصرّفات الواقعه على مال امرء مسلم حرام بدون اذنه فهذا يتوقف على أن يكون التصرف التصرّف فی حال كون المال لامرء مسلم و الا فلا وجه للحرمه لأن كون المال لشخص آخر فی زمان سابق لا يدلّ على حرمه التصرّف فی زمان المتأخر و لو مع كونه ملكا لشخص آخر أی منتقلا اليه.

و بعباره أخرى لو أريد من الحليه التكليفيه فظهور الروايه أن التصرّف حين كون المال لامرء مسلم حرام بدون اذنه و أما التصرّف فی ماله كان لامرء مسلم سابقا فلا دلاله فی الروايه على حرمته فح لا دلاله فيها على حرمه التصرف بعد الفسخ لاحتمال كونه تصرّفا فی مال نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۳

لا فی مال امرء مسلم نعم كان مالا لامرء مسلم قبل الفسخ و التمسّک بالاستصحاب خروج عن الفرض فان كلامنا فی التمسّک بالدليل الفقاهی و أما إذا أريد من الحليّه الوضعيّه فمعناه كما عرفت أنه لا ينفذ التصرّف فی مال امرء مسلم الا

بطیب نفسه فاراده هذا المعنی لا یتوقف ارادته علی إحراز کون المال لامرء مسلم و لذا یشمل بعد الفسخ أیضا فهذا ان المعینان لا یجتمعان فی الروایه أی لا یمکن إرادتهما من الروایه معا.

و بعباره اخری أن اراده الحلیه التکلیفیه فی الروایه متوقفه علی إحراز کون المال للغیر لکی یحرم التصرّف فیه و هذا لا یشمل بعد الفسخ لاحتمال خروج المال عن کونه مال امرء مسلم بالفسخ و اراده الحلیه الوضعیّه لا تتوقف علیه بل هی تعم بعد الفسخ أیضا کما عرفت و من الواضح أن شموله بعدد الفسخ یعدم موضوع حلیه التکلیفیه فکیف یمکن ارادتها کما لا یخفی.

قوله و منها قوله النّاس مسلّطون علی أموالهم

أقول ذکر المصنّف أن مقتض السلطنه التی أمضاها الشّارع أن لا یجوز أخذه من یده و تملّکه علیه من دون رضاه و من هنا استدل المحقّق فی الشرائع و العلامه فی بعض کتبه علی عدم جواز رجوع المقرض فیما أقرضه بأن فائده الملک التسلّط.

و بالجمله رجوع الفاسخ الی ما انتقل عنه الی غیره بالعقد تملّک لمال غیره و مناف لسلطنته فتدل الروایه علی اللزوم.

و فیه أولا أنها ضعیفه السند کما تقدم و ثانیا أنها ناظره إلی ثبوت السلطنه للمالک فی جمیع تصرّفاته فی ماله من الأکل و البیع

و البذل و غیرها و أنه لیس لأحد أن یمنع من هذه التصرفات و هذا لا ینافی ثبوت جواز التصرّف لغیره أیضا بالفسخ کما وقع نظیره فی الشریعه المقدسه فإن لکل من الأب و الجد سلطنه علی التصرّف فی مال الصغیر سلطنه مطلقه و لیس لکل منهما أن یمنع الآخر من التصرّفات و ککک فی المقام فلا دلاله فی النبوی علی اللزوم

بوجه كما هو واضح على أن الروايه ناظره إلى إثبات السلطنه لكل أحد على ماله كما هو مقتض اضافه المال الى الملاك فتفيد الروايه ثبوت السلطنه لكل أحد على ماله و هذا لا يعارض ما يرفع موضوع تلك السلطنه أى ما يكون رافعا لها كالفسخ و بعباره اخرى أن دليل السلطنه يثبتها فى فرض تحقق الماليه و كون الشى ء مالا للشخص و هذا لا ينافى بما يكون رافعا لموضوعها فان الحكم لا- يثبت موضوعا لنفسه نعم لو كان النظر فى الحديث الى مفهوم القلب بان يكون المفهوم من قوله النّاس مسلّطون على أموالهم يعنى غير المالك ليس مسلّطا على أموال غيره لصحّ به الاستدلال و لكن مفهوم اللقب ليس بحجه كما حقق فى محله.

و منها قوله عليه السلام لا يحلّ مال امرء مسلم الا بطيب نفسه

و فيه أولا- أن كان المراد من الحليه هى التكليفيّه فلا تشمل الروايه التصرّفات بعد الفسخ للشك فى أنها محرمه أم لا لاحتمال كون الفسخ مملكا فلا- يجوز التمسّك به فى الفرد المشكوك و ان كان المراد بها الحليه الوضعيه كما هو الظاهر من كلام المصنف حيث جعل سبيل الروايه سبيل الآيه و من الواضح أنه أراد من الآيه الحليه الوضعيّه حيث أخذ الأكل بمعنى التملّك لجاز التمسّك بها لإثبات اللزوم فإنها تقيد حصر نفوذ التصرّف بما إذا كان بطيب النفس من المالك و من الواضح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۵

أن الفسخ ليس منه و أما الجامع فلا يمكن ارادته كما تقدم و بالجمله لو أريد من الحليه الحليه التكليفيه لا يمكن الاستدلال بالآيه على اللزوم.

و ثانيا: أن المراد من عدم حلّ مال امرء مسلم الا باذنه و بطيب نفسه هو عدم حليه التصرّفات المتعلّقه به و جميع التقلّبات

الخارجيه فإن الحل أو الحرمه إذا تعلّقا بالعين الخارجيه فحيث لا معنى لحرمتها و حليتها فلا بدّ و ان يقدر فى أمثال ذلك ما يناسب الحليه أو الحرمه و المناسب لها بمناسبه الحكم و الموضوع أما جميع الآثار أو الآثار المناسبه فالمناسب للحرمه المتعلّقه على الخمر و على المسكر هو تقدير الشرب فلا يتوهم أحد من قوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام أو غيره من الأدله الداله على حرمه الخمر هو البيع حتى لو لم يكن هنا دليل على حرمه بيع الخمر لما أمكن استفادتها منها، و المناسب لحرمه الأمهات فى قوله تعالى تقدير التزويج فإنه لا يحتمل أن نظره أو خدمته أو شى ء آخر يتعلّق بها حرام و على هذا فلا بدّ هنا أيضا من تقدير ما يصحّ تعلّق عدم الحل به و المناسب للمقام هو تقدير جميع التصرّفات الخارجيه و التقلبات فى الخارج و ح فمعنى الآيه لا- يحل جميع التصرّفات و التقلّبات الخارجيه فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه و عليه فلا تشمل التصرّفات الاعتباريّه كاعتبار ملكيه مال الغير لنفسه و هكذا بالفسخ و نحوه فلا تدل الرّوايه على عدم تأثير الفسخ فى حل العقد كما هو واضح.

و توهم أن الروايه شامله على التصرّفات بعد الفسخ و تدل على حرمتها أيضا بإطلاقها فتفيد اللزوم بالدلاله الالتزاميه توهم فاسد لما عرفت من عدم شمولها التصرّفات بعد الفسخ لاحتمال كون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۶

الفسخ مملكا كما تقدّم فيكون التمسك بها فى التصرّفات بعد الفسخ من قبيل التصرف بالمطلق فى الفرد المشكوک و الحاصل إن كان نظر المصنف فى الاستدلال بالرّوايه بأنّه لا يحل تملّك مال الغير إلا بإذنه

بأن يقدر التملّك فقط بعد الحل ای لا یحل تملّک مال غیره بالبیع و نحوه إلا بإذنه فالروایه و ان کانت تدل علی اللزوم و لکنه خلاف الظاهر من الروایه فلا یمکن ان یراد من الحلیّه الحلیّه الوضعیّه لمکان خلاف الظهور و ان کان النظر بتقدیر جمیع التّصرفات کما هو الظاهر و المناسب بان یراد من الحلیّه الحلیّه التکلیفیّه أی یحرم جمیع التصرّفات فی مال غیره الّا بإذنه.

قوله و منها قوله المؤمنون عند شروطهم

أقول قد استدل به علی اللزوم غیر واحد من المحققین بدعوی أن المراد من الشرط مطلق الالتزام فیشمل الشروط الابتدائیه أیضا کالبیع و نحوه.

و فیه أن الاستدلال به علی اللزوم ممنوع صغری و کبری أما الوجه فی منع الصغری فلانا لو سلمنا إطلاق الشرط علی الشروط الابتدائیه فی کلمات البلغاء و الفصحاء کما أطلق فی قوله علیه السلام ما الشرط فی الحیوان قال (ع) ثلثه أیام مع أنه یمکن إرجاعه إلی الشرط فی ضمن الالتزام الآخر بان یقال أن إمضاء البیع مشروط بکون صاحب الحیوان ذی الخیار الی ثلثه أیام و لکن إطلاق الشرط علی البیع و نحوه من الالتزامات یعد فی العرف من الأغلاط فإنّه لا یقال لمن باع داره أنه شرط داره و ککک لا یقال لمن باع ماله أنه شرط ماله و هکذا بل لو أطلقه أحد علی أمثال ذلک فیضحک منه و إن کان الإطلاق صحیحا فی الواقع و علیه فالرّوایه منصرفه عن البیع و نحوه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۷

من الالتزامات الابتدائیه و قد ناقش المصنف أیضا فی صدق الصغری و أما الوجه فی منع الکبری فلانا لو سلمنا أن الشرط یطلق علی الالتزامات الابتدائیه أیضا و لکن نمنع وجوب

الوفاء بكل شرط فإن الرّوايه لا دلاله فيها على ذلك لان الظاهر من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم هو الدلاله على الحكم التكليفى بدعوى أنه و ان كان فى مقام الإنشاء و جعل الحكم و لكن النكته فى إتيان الجمله الخبريه لبيان ذلك هى بيان أن مقتضى الايمان هو كون المؤمن عند شرطه و عدم تخلفه عنه نظير قوله (ع) المؤمن عند عدته أى أن مقتضى الايمان هو أن يفى المؤمن بوعده كما أن مقتضى الايمان أن لا يكذب و قد ورد فى باب الكذب أن المؤمن قد يزنى و قد يسرق و لكنه لا يكذب و إِنَّمٰا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لٰا يُؤْمِنُونَ باللّه و على الإجمال فالرّوايه الشريفه اخبار عن كون المؤمن عند شرطه و انه لا يتخلف منه و عن وعده لان ايمانه مانع عن التخلف و عليه فتكون راجعه إلى الحكم التكليفى أى يجب لكل مؤمن أن يفى بشرطه و يحرم التخلف عنه فتكون غريبه عن الدلاله على اللزوم كما هو واضح.

و توهم أن الحال كك فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا لأنه خطاب إلى المؤمنين بقوله عز من قائل يٰا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيكون دالا على الحكم التكليفى توهم فاسد فإنه إنشاء من الأوّل فليس إنشاء بالجمله الخبريه لتكون النكته هى الإشاره إلى عله الحكم نعم مقتض الخطاب إلى المؤمن يقتضى خروج غير المؤمن عن الآيه كما هو كك فى بقيه الخطابات و لكن مقتض الاشتراك فى التكليف يقتضى التعميم فلا وجه للاختصاص هنا و فى بقيه الخطابات كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۸

و منها الأخبار المستفيضه فى أنّ البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و أنّه إذا افترقا وجب البيع

أقول استدل بها المصنف على اللزوم فى البيع و قد أشكل عليه المحقق

الخراسانی و تبعه غیر واحد ممّن تأخر عنه بأنّ المستفیضه ناظره إلی لزوم البیع فی نفسه و لیست ناظره إلی لزومه من جمیع الجهات کالغبن و العیب فلا تفید اللزوم و من هنا أن أدله سائر الخیارات لا تکون مخصصه لها.

و قد أجاب شیخنا الأستاذ عن ذلک و نعم ما أجاب و حاصله بتوضیح منا أن الرّوایات المذکوره انما تدل بإطلاقها علی اللزوم بلا- شبهه و ان البیّعان انما لهما الخیار فی المجلس فقط و إذا افترقا وجب البیع بل نفس تعرض الامام علیه السلام لثبوت خیار الحیوان مع تعرضه لثبوت خیار المجلس کالصریح فی دلاله المستفیضه علی اللزوم فإنه (ع) بعد ما بیّن حکم خیار الحیوان قال فی جواب السائل عن الشرط فی غیر الحیوان بانّ البیّعان بالخیار ما لم یفترقا و أنّه إذا افترقا وجب البیع و أنها لا خیار لهما بعد الرضا فهو کالصریح فی دلاله المستفیضه بإطلاقها علی اللزوم فی خصوص البیع.

و علی هذا فتکون أدله سائر الخیارات مخصصه لها و من الغرائب ما افاده المحقق الخراسانی من عدم کون أدله سائر الخیارات مخصّصه لها.

فتحصل من جمیع ما تلوناه علیک أن الأصل فی جمیع العقود معاوضه کانت أم لا و سواء کانت الملکیه حاصله من الأوّل أم لا أما إذا کانت الملکیه حاصله من حین العقد و کان فیه تملیک و تملّک من الأوّل بأن حصل شی ء لأحد المتعاملین من الأول أم غیر معاوضیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۹

مثل الهبه و نحوها هو اللزوم فتدلّ علی لزومها آیه حرمه أکل المال بالباطل الا أن تکون تجاره عن تراض فإنه لو ملک أحد ماله لغیره و لو بعنوان الهبه المجانیه

بحيث حصل التمليك و التّملّك فلا يجوز الرجوع إليه فإنه تملّك لمال الغير بـدون التجاره عن تراض فهو حرام فلو لم يثبت من الخارج ما يدلّ على جواز الرجوع فى الهبه المجانيه لقلنا بعدم جواز الرجوع فيها أيضا بمقتضى الآيه و ككك يدل على اللزوم هنا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما هو واضح.

و أمـا العقود التى لم تحصـل الملكيه فيها من الأوّل كعقـد السـبق و الرّمايه و المضاربه و المساقاه فإنّه لم يحصل النقل و الانتقال فيهـا من الأـوّل و لاـ يحصـل لأحـد المتعـاملين فيهـا من الأـوّل مال فلا تـدلّ آيه التجاره فيها على اللزوم من الأوّل لعـدم حصول المعـاوضه و النقل و الانتقال و التمليك و التملّك من الأوّل حتى يكون إرجاعه تملّكا لمال الغير بـدون الرّضا و لا يكون تجاره عن تراض و انمـا يحصـل النقـل و الانتقـال بعـد تحقق الشـرائط كما هو واضـح نعم يـدلّ على اللزوم هنا أيضا آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لتحقق العقد كما هو واضح.

[فى عدم جريان الاستصحاب فى المقام]

قوله و قد عرفت أن ذلك مقتض الاستصحاب أيضا

أقول قد عرفت أن الاستصحاب لا تجرى فى المقام لكونه من الشبهات الحكميّه و قد منعنا جريانه فيها فى علم الأصول.

قوله و ربما يقال ان مقتض الاستصحاب عدم انقطاع علاقه المالك عن العين

أقول حاصـل كلاـمه أن الظّاهر من كلمـات بعضـهم أنـا نشك فى انّ المالك هل انقطع علاقته من ملكه أم لا فنستصـحب بقاء علاقته فيكون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب اللزوم و ردّ بأنّه ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۰

أريـد من تلـك العلاـقه علاقه الملكيه أو ما يتفرّع على الملكيه فهى انقطعت جزما و ان أريـد منها سـلطنه إعاده العين فما دام لم ينتقل المال

من ملكه الى غيره فتلك السلطنه مقطوعه العدم فإنّه لا معنى لسلطنه الإنسان على اعاده ماله الى ملكه و انما تحصل تلك السلطنه بعد خروجه عن ملكه و من الواضح جدا أنها مشكوكه بعد ذلك فالأصل عدمه.

قوله و ان أريد بها العلاقه التى كانت فى مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك

أقول غرضه ان أريد بها العلاقه التى كانت تحدث فى مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل فى البيع بقاء الخيار كما يقول الأصل فى الهبه بقاء جوازها بعد التصرّف فى مقابل من جعلها لازمه بالتّصرّف.

ثمّ أجاب عنه أولا- بأن الدليل أخص من المدّعى فإنّه انما يتم فى موارد ثبوت خيار المجلس و كلامنا أعم من ذلك و ثانيا يرجع الى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى ظرف الشك لا الى الاستصحاب.

و ثالثا أن الاخبار قد تواتر بانقطاع السلطنه و الخيار بعد الافتراق فلا مجال مع ذلك للرجوع الى الاستصحاب ثمّ أمر بالتأمّل.

أقول قد عرفت بالكلام فى دلاله الأخبار المستفيضه البيّعان بالخيار ما لم يفترقا على اللزوم بناء على تماميّه إطلاقها كما هو كك كما اختاره المصنف و عليه فلا- وجه للتّمسك بها لبيان ارتفاع خيار المجلس فإنّه مع تماميّه دلالتها على اللزوم كما لا مجال للتمسّك باستصحاب الخيار و كك لا وجه للتمسّك باستصحاب اللزوم فإنّه مع وجود الأصل اللفظى لا تصل النّوبه الى الأصل العملى الا أن يكون غرضه من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۱

التمسّك بالاخبار مع الإغماض عن دلالتها على اللزوم من جميع الجهات كما عليه صاحب الكفايه فإنّه حينئذ يتم نفى خيار المجلس بها و ثبوت اللزوم فى البيع من جهه خيار المجلس و يبقى العقد مشكوكا من الجهات الأخر

فح نتمسّک فی إثبات اللزوم للعقد من سائر الجهات باستصحاب اللزوم کما لا یخفی.

و من هنا ظهرت المناقشه فی تمسّکه بآیه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فإنّه مع وجود العموم لا مجال للاستصحاب لا استصحاب اللزوم و لا استصحاب الخیار، و لعلّه الی ما ذکرناه أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله ثم انّه یظهر من المختلف فی مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه

أقول ذکر المصنف أن العلامه ذکر فی المختلف أن المسابقه لازمه أو جائزه بأن الأصل عدم اللزوم و لم یرده من تأخر عنه الا بعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم یکن وجه صحیح لتقریر هذا الأصل نعم هو حسن فی خصوص المسابقه و شبهه ممّا لا یتضمن تملیکا أو تسلیطا لیکون الأصل بقاء ذلک الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفین و محصل مراده أن استصحاب الملکیه إنّما تجری فیما إذا کانت الملکیه فعلیه أی ثابته حین العقد أی تثبت الملکیه فیما ینشأ العقد و حینئذ کلما شککنا فی جواز العقد و لزومه نستصحب الملکیه و نحکم باللزوم بواسطه الاستصحاب الحکمی فلا مجال ح لدعوی أن الأصل عدم اللزوم بل لا بدّ و أن یقال أن الأصل هو اللزوم لمکان استصحاب الملکیه.

نعم لا بأس بهذا الأصل فی مثل عقد المسابقه حیث لم تثبت فیها الملکیه الفعلیّه و انّما الملکیه فیها تقدیریّه أی تحصل الملکیه لأحد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۵۲

المتسابقین علی تقدیر سبقه فی المسابقه فحینئذ یقال أن الأصل عدم اللزوم هنا و ذلک لعدم حصول الملکیه الفعلیّه حتی نستصحبه فی مورد الشک فی أن العقد جائز أو لازم و نحکم باللزوم بل نتمسک بأصاله عدم اللزوم و نحکم بکون العقد جائزا هذا کله مع

قطع النظر عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الا فمقتضاه هو اللزوم.

أقول كأن المصنف لم يبن المسأله على ما حرره فى الأصول من جريان الاستصحاب التعليقى مع أن المقام ليس منه بل من قبيل الاستصحاب التنجيزى و ذلک لان ما نحن فيه يشبه القضيه الحقيقيه فإن الحكم فيها ثبت على الموضوعات المقدره فعلا و لكن يتنجز الحكم فيها بفعليه الموضوع أى كلما وجد الموضوع ثبت عليه الحكم بحيث أن الحكم فيها فعلى و لكن الموضوع تقديرى و کک فى المقام أن الالتزام فعلى و الملتزم به تقديرى فان المتعاملين التزما فعلا على أن كل من سبق فله كذا و ليس الحكم هنا تعليقا كما فى العصير العنبى فإن الحكم بالنجاسه أو الحرمه فيه تعليقى أن إذا غلى ينجس لا مطلقا فلو كان ينعكس المطلب لكان أحسن بأن يقول بجريان الاستصحاب هنا و لم يقل بجريانه فى التعليقيات فان الحكم هنا كما عرفت فعلى و الملتزم به تقديرى.

نعم لا نقول بجريان الاستصحاب هنا من جهه عدم جريانه فى الشبهات الحكميه لكونه دائما معارضا بأصاله عدم الجعل أو باستصحاب الحكميّه لكونه دائما معارضا بأصاله عدم الجعل أو باستصحاب المجعول و لكن مع قطع النظر عن هذا الإشكال فلا محذور فيه كما لا يخفى.

فتحصل أن استصحاب الملكيه جاريه فى عقد المسابقه أيضا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۳

كالبيع فيكون الأصل فيه أيضا هو اللزوم كما أن الأمر کک فى البيع فلا وجه للمصنف لاستثنائه خصوصا على مسلكه نعم على مسلكنا من منع الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فهو لا يجرى فافهم.

قوله ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبته لأصاله اللزوم انّما هو فى الشّک فى حکم الشّارع باللزوم

أقول حاصل كلامه أن ما تقدّم من التمسّک بالعمومات انّما هو فى الشّبهات الحكميّه و أما الشبهات الموضوعيه بأن

يقع العقـد فى الخـارج و لاـ نـدرى أنه من القسم اللاـزم أو من القسم الجـائز فـإنّه قلنـا بجواز التّمسّـك بالعمومات فى الشـبهات المصـداقيه فأيضا لا بأس بالتّمسّک بالعمومات فى الفرد المردد و الا فلا بد من الرجوع الى الأصل العملى و هو استصـحاب الأثر أى الملكيّه و يسمى باستصحاب الحكمى.

أقول تاره يكون فى موارد الشّـبهات الموضوعيه أصل موضوعى يقتض الجواز فلا كلام لنا فيه كما إذا وقعت هبه فى الخارج فلا نـدرى أنهـا من القسم اللازم أو من القسم الجائز بان نشك فى كونها على وجه قربى ليـدخل تحت قولهم عليهم السـلام ما كان للّه لاـ يرجع أو ليس على وجه قربى ليكون فى حقّ الرجوع فـإن الأصـل هنـا عـدم كونه على وجه قربى فيثبت الجواز و كـذا إذا شككنا فى كونها لـذى رحم أو لغيره فنقول ان الأصل عدم كونها لذى رحم فتكون الهبه جائزه و هكذا إذا شـككنا فى اللزوم و الجواز مع كونه مسبوقا بالخيار فإنّه نستصحب الخيار فنحكم بالجواز و فى جميع ذلک مقتضى الأصل الموضوعى هو الجواز.

و اخرى يكون فى تلک الموارد أصل موضوعى يقتض اللزوم كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۴

إذا علم بـأن العقـد الصـادر بيع و شـک فى جعـل الخيـار فيه فالأصـل أنه لم يجعل الخيار فيه فيكون لازما و هكـذا لو شک بعد سقوط خيار المجلس بتفرّق هل هنا خيار آخر أم لا فنستصحب عدمه فيحكم باللزوم.

و انّما الكلام فيما إذا لم يكن فيه أصل موضوعى يقتضى اللزوم أو يقتض الجواز فهل هنا ما يقتض اللزوم أو يقتض الجواز أم لا.

فالتزم المصنف (ره) باللزوم تمسّكا باستصحاب الملكيه و لكن جريانه هنا موقوف على جريان الاستصحاب

فى الأحكـام الإلهيه و قـد قلنا بعـدم جريانه فيها حتى فى الشـبهات الموضوعيّه لابتلائه بأصاله عـدم الجعل دائما و لم يحتمل فى حقه البـداء حتى يتوهّم أنه جعل فى زمان و بداله الخطاء العياذ باللّه و نسـخه فى زمان آخر بل لو كان مجعولا فهو مجعول مطلق و الا فلا و على هـذا فلا يجرى استصـحاب الملكيّه فى المقام لأنا نشك فى أن الملكيّه هل جعلت بعـد الفسـخ أم لا فنلتزم بعدم كونها مجعوله بعد الفسخ كما هو واضح لا ستره فيه و كلّما نتأمل فى عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام يزداد لنا وضوحا.

و على مسـلكنا هذا فينحصر الجواب عن هذا الاشكال بما حقّقناه فى محلّه من أصاله العدم الأزلى و توضيح ذلك انا إذا شككنا فى العقـد الذى وقع فى الخارج أنه من القسم الجائز أو من القسم اللازم فنقول ان الأصل عدم كونه هبه مثلا ليكون للواهب حقّ الرجوع و لا يعارض هذا الأصل بأصاله عدم كونه من البيع أو الصلح أيضا و ذلك لأن الأثر أى اللزوم انّما ترتّب على عدم كون العقد هبه لا على إحراز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۵

العناوين الوجوديه من الصلح و البيع فبأصاله عدم كونه هبه ينقح موضوع وجوب الوفاء بالعقد فيكون شاملا عليه أيضا.

و بعبـاره اخرى أن مقتض أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو لزوم جميع العقود و الخارج عنه ليس الا عناوين وجوديه و إذا نفينا العنوان الوجودى القائم بالعقـد الجائز عن الفرد المردد بين كونه من الجائز أو من اللازم بأصل العدم الأزلى و قلنا انه ليس بهبه مثلا يثبت موضوع وجوب الوفاء بالعقد فنحكم له باللزوم كما لا يخفى.

و على الاجمال فعنوان العقديه تحقق

بالوجدان و عدم كونه هبه يتحقق بالأصل فيحصل موضوع وجوب الوفاء بالعقود فى الخارج فيحكم بكون الفرد المشكوك من العقد بين الجواز و اللزوم لازما هذا من جمله ثمرات القول بالعدم الأزلى.

و إذا لم نقل بهذا الأصل فلا أصل يتمسّك به لإثبات اللزوم أو الجواز فى الفرد المشكوك و عليه فتكون العين بعد رجوع المالك الأول مرددا بين كونها للمالك الأوّل على تقدير الهبه و بين كونها للمشترى على تقدير البيع و لا بدّ فى بيان حكم تلك العين فى مرحله الترافع أو فى غير مقام الترافع كما إذا مات المالك للعين بعد نقله الى شخص آخر و شك فى أن ما أوجده بيع أو هبه و فسخت الورثه فإن كان بيعا فيطالب الورثه العين ممّن انتقل اليه الثمن و الا فنطالب نفس العين و هكذا لو نسيا المتبايعان عنوان العقد من الرجوع الى الصلح أو القرعه و الا فلا أصل هنا حتى يبين حالها.

[فى بيان تعيين العقد بأنه جائز أو لازم]

قوله بل يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه

أقول جميع ما ذكرناه انّما يفيد فى إثبات صفه اللزوم و أما تعيين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۶

العقد بأنه جائز أو لازم حتى يترتب عليه جميع آثار العقد اللازم فلا و عليه فلا بدّ و ان يرجع فى أثر كل عقد الى ما يقتضيه الأصل بالنسبه إليه الا انه فيما لم تلزم مخالفه عمليّه من اجزاء الأصلين مع إجراء أصاله اللزوم و ان كان كلام المصنف مطلقا من هذه الجهه حيث حكم بالبراءه تاره و بالضمان اخرى و لم يتعرّض لصوره لزوم المخالفه القطعيّه.

و لكن لا بدّ فى فرض لزوم المخالفه القطعيّه من اجراء قواعد العلم

الإجمالى مثلا إذا شككنا فى كون العقد هبه أو بيعا و لم يتصرف من انتقل اليه العين فيها و ترجع مالك العين و فسخ العقد فإنه ان كان العقد هبه تنفسخ بالفسخ و ترجع العين الى مالكها الأوّل و ان كان بيعا لا يؤثر الفسخ و حينئذ لا يمكن الرجوع فى ضمان المشترى لو كان المحقق بيعا و ضمان الموهوب له على تقدير كون المحقق هبه أن يرجع الى البراءه كما هو ظاهر كلام المصنف بل يحصل العلم الإجمالى بأنه امّا أن المالك الأول مستحق للعين على تقدير كون العقد هبه أو مستحق للثمن على تقدير كونه عقد فلا بدّ حينئذ من اجراء قواعد العلم الإجمالى و الا فيلزم من إجراء الأصل مخالفه قطعيه

[القول فى أقسام الخيار]

اشاره

(فى خيار المجلس)

قوله قدّس سرّه

الأوّل فى خيار المجلس

اشاره

أقول ذكر المصنّف أن الخيارات كثيره و قد أنها ها بعضهم إلى السبعه و بعضهم إلى أزيد من ذلك بل المذكور فى اللمعه أربعه عشره مع عدم ذكر بعضها و لكن المناسب جعلها سبعه لأن البقيه تندرج فى خيار الشرط و يقع الكلام فعلا فى خيار المجلس و إضافته إلى المجلس من جهه الغلبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۷

كما ذكره المصنف لعدم اختصاص ثبوته بالمجلس بل يثبت فى حال قيام المتعاملين أيضا بل لا يختص بالمكان الذى يوقع فيه البيع كما ذكره المصنف بل يثبت هذا الخيار فى حال مشيهم أيضا كما إذا تعاملا فى مكان ثمّ مشيا و لكن لم يفترقا حال المشى فإنه ح أيضا يثبت الخيار.

و بعباره اخرى أن غايه هذا الخيار و هو الافتراق فما لم يتحقق فى الخارج فلا وجه لسقوطه و لو سمى هذا الخيار بخيار الاجتماع كان حسنا موافقا للاخبار، و لا شبهه و لا خلاف فى ثبوت هذا الخيار للمتبايعين بين الإماميه و النصوص به مستفيضه ففى بعضها البيعان بالخيار ما لم يفترقا و فى بعضها التاجر بالخيار و أما الموثق الحاكى لقول امام عليه السلام إذا صفق الرّجل على البيع فقد وجب فذكر المصنف أنه اما مطروح و ان كان موثقا لكونه منافيا للضروره و الاخبار المستفيضه أو يحمل على التقيه أو يؤل و لكن الظاهر أنه لا يحتاج على التأويل و لا على الطرح أو الحمل على التقيه بل هو وارد على طبق القاعده و ذلك لان التصفيق هو ضرب احدى اليدين على الآخر و هو كنايه عن اللزوم و بهذا فسر فى اللغه و على هذا فقوله

(ع) إذا صفق الرّجل على البيع كنايه عن إلزام البيع بإسقاط الخيار و من الواضح أن لزوم البيع بإسقاط خيار المجلس موافق القاعده فلا نحتاج الى طرح الموثقه أو تأويلها.

قوله مسأله لا إشكال فى ثبوته للمتبايعين إذا كان اصيلين

اشاره

أقول لا شبهه فى ثبوته للمتبايعين و للموكلين فى الجمله و انّما الكلام فى ثبوته لهم على وجه الإطلاق

و يقع الكلام أولا فى ثبوته للوكيل

اشاره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۸

و تفصيل الكلام فيه أن الوكيل على ثلثه أقسام الأوّل ان يكون وكيلا فى إجراء الصيغه فقط من غير أن يكون له حق التصرّف فى جهه من جهات العوضين كما هو المرسوم فى إجراء عقد النكاح و إجراء صيغه البيوع الخطيره كثيرا حيث يوكلون أحدا فى إجراء الصيغه بحيث ليس له شأن من ذلك المعامله الّا ان يكون كلسان الوكيل فقط و لا يكون وكيلا فى أزيد من مجرّد كونه آله لإجراء العقد فقط كما هو واضح.

الثانى أن يكون وكيلا مفوضا فى أمر البيع الى أن يتم و تتحقق المعامله فى الخارج و لا يكون وكيلا بعد ذلك بل ينتهى أمد وكالته بعد تماميّه البيع و وجوده فى صفحه الوجود كأكثر الدلالين.

الثالث أن يكون وكيلا مفوضا حتى بعد تماميّه البيع بان كان له التصرّف فى العوضين و كان مسلّطا على قلبه و انقلابه بأنحاء التّصرّفات و التقلّبات من البيع ثانيا أو الإيجار أو غيرهما من التصرّفات الخارجيه و الاعتباريه و هذا كعامل المضاربه فإنّه وكيل مفوض على وجه الإطلاق بعد البيع و قبله و بعباره اخرى أن يكون وكيلا فى التجاره بأى نحو كان.

أما القسم الأول فظاهر الحدائق ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه بل يظهر منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد إجرائه العقد فلا يبطل بمنع المالك

و لكن المشهور عدم ثبوت الخيار له فما اختاره المصنف

اشاره

و استدل عليه بوجوه

الأوّل: أن أدله الخيار منصرفه عن الوكيل فى إجراء الصيغه

لأن المتبادر من النص غيره.

و فيه نمنع الانصراف إذا لا نجد منشأ لذلک فان منشئه ان کان هو الماده فلا شبهه أنها صادقه علیه أیضا لما عرفت فی أوّل البیع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۵۹

أن البیع هو مبادله مال بمال فلا شبهه فی صدق هذا المفهوم علیه إذ لم یقید هذا بکون المال للبائع بحیث یکون التبدیل بین ماله و مال شخص أخر ضروره عدم اعتباره فی مفهوم البیع بوجه أصل و لذا لم یستشکل أحد فی صحه بیع الولی مال المولّی علیه مع أن المال لیس للبائع و کک فی صحه بیع الوقف و بیع ثمرته و کک فی صحه بیع الوکیل المفوض مع أن المال فی تلک الموارد لیس للبائع و من الضروری أنه لا یشک أحد فی صدق البائع علی الأشخاص المتصدین للبیوع المذکوره و علی الاجمال لا وجه لدعوی انصراف ماده البیع الی غیر الوکیل فی إجراء الصیغه.

و ان کان منشأ الانصراف دعوی انصراف هیئه البیع الذی هو الفعل عن الوکیل فی إجراء الصیغه ففیه أن الهیئه لا تدل علی أزید من انتساب الماده إلی ذاتها و أما دلالتها علی خصوصیه أخری فلا کما لا یخفی.

الثانی أن حکمه ثبوت خیار المجلس هو إرفاق المالک

لکی یتروی و یلاحظ صلاحه حتی یختار ما هو الأصلح لحاله أو الفسخ أم الإمضاء و من البدیهی أن هذه الحکمه غیر جاریه فی الوکیل المذکور و الحکمه و ان لم تکن مطرده و لکن نعلم بأن جعل هذا الخیار شرعا لیس لمن له اختیار البیع بلا موجب.

و فیه انها لا تزید عن العلّه المستنبطه و قد حقق فی محله أنها لیست بحجه و انّما هی من القیام الذی یحرم العمل به نعم

لو كـانت عليه منصوصه لزم العمـل بها قطعا فلا تكون مانعه عن شـمول الإطلاقات للوكيل فى إجراء الصـيغه أيضا، على أنها غير داريه فى جميع الموارد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۰

كمـا إذا كان إبقاء البيع أصـلح لهم بأن باع ما يحازى بـدينار بخمسـين دينارا مع علم المشترى بالغبن فإنه لا شـبهه أن إبقاء البيع على حـاله و عـدم فسـخه أصـلح لحـال البـائع من الفسـخ و مـع ذلـك فله خيـار المجلس و على الجمله فلاـ وجه لرفـع اليـد عن المطلقات و عن شـمولها للوكيل المـذكور بمثل هـذه الحكمه العليه نعم لهـذه الحكمه وجه فيما كان دليل الخيار هو قاعده نفى الضرر و نحوها كما إذا فرضنا أن دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر فإنها تقتضى ثبوته للمالك فقط لا لمجرى الصيغه.

الثالث أن بعض أدله خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان و كونه مجعولا للبائع

و من الواضح أن خيار الحيوان مجعول للمالك فاتحاد السياق يقتض أن يكون خيار المجلس أيضا كذلك.

و ليس هـذا من باب حمل المطلقات الوارده فى جعل خيار المجلس بلا تقارن بجعل خيار الحيوان على المقيـد حتى يقال أنه لا يجرى فى الأحكام الانحلاليه كقوله أكرم العلماء و أكرم زيـد العالم لعدم التنافى بل من جهه عدم الإطلاق للأخيار المطلقه لأن الموضوع فيهـا من كـان له خيـار الحيوان أعنى المالـك و بعبـاره أخرى نسـتكشف من تقـارن خيـار المجلس بخيار الحيوان أن موضوع خيار المجلس من كان له خيار الحيوان فأى ربط لذلك بحمل المطلق على المقيد.

و فيه أن هـذا من العجـائب فـإنه لاـ ربـط لخيار الحيوان بخيار المجلس أصـلا فإن الموضوع فى خيار الحيوان هو عنوان المالك لقوله (ع) و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام و موضوع خيار المجلس هو عنوان البيع

و أی ربط لأحدهما بالآخر و مجرّد ذکرهما فی روایه واحده لا یقتض

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۶۱

اتحاد الموضوع فهل یتوهم أحد أنه لو ذکر فی روایه أن خیار الحیوان ثابت لابن البائع أو أخیه و قد ذکر فیها أیضا البیعان بالخیار فهل یتوهم أن موضوع خیار المجلس أیضا هو ابن البائع باتحاد السیاق.

و من هنا ظهر الجواب من قوله مضافا الی أدله سائر الخیارات فان القول بثبوتها لموقع الصیغه لا ینبغی من الفقیه فتحصل أنه لا یمکن رفع الید عن الإطلاقات بمثل هذه الوجوه.

و الرابع ما هو العمده و حاصله أن المستفاد من أدله هذا الخیار أنه حق و سلطنه

انما ثبت لکل من المتعاقدین علی ما انتقل الی الآخر بأن یرجعه الی ملکه و یتملکه جدیدا بالفسخ بعد الفراغ عن تسلطه علی ما انتقل إلیه بأن یتصرف فیه کیف یشاء و من الواضح أن الوکیل فی إجراء العقد لیس له التسلط علی التصرّفات فیما انتقل إلی البائع أو المشتری فلیس له التسلط علی ما انتقل من أحدهما إلی الآخر بأن یرجعه بالفسخ.

و من هنا لا یثبت بأدله خیار المجلس هذا التسلط لو لم یکن مفروغا عنه فی الخارج فإنه لا یمکن التمسک بإطلاق قولهم علیهم السلام البیعان بالخیار ما لم یفترقا لإثبات التسلط علی إرجاع العین من الشخص الآخر بالفسخ أ لا تری أنه أو شک المشتری فی کون المبیع ممّن ینعتق علیه لقرابه فلا یجوز أن یتمسّک بأدله خیار المجلس لإثبات السّلطنه و کک لو نذر أن یعتقه أو یصرف المبیع فی محلّ خاصّ فلیس له أن یتمسک لرفع الوجوب و جواز الرجوع بأدله الخیار.

و فیه أن هذا الوجه بظاهره لا یترقّب صدوره من المصنّف لکونه منافیا لمبناه فإنه التزم بکون مورد الخیار هو العقد دون

العين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۲

بمعنى أن معنى الخيار هو فسخ العقد لا استرداد العين ابتداء نعم لازم فسخ العقد هو استرجاع العين كما هو واضح.

و أما ما ذكره من الأمثله فأجنبى عن المقام أما ما ذكره من النذر فان مقتضى الإطلاقات هو ثبوت الخيار حتى فيما كان المبيع منذورا لأن يصرف فى مورد خاص غايه الأمر ان اعمال الخيار و إرجاع العين الموجب لانهدام العمل بالنذر فعل محرم فيكون مخالفه لحكم تكليفى و أما عدم ثبوت الخيار هنا و عدم جواز التمسّك بالمطلقات فيه فخال عن الوجه.

و أما ما ذكره من مسأله كون المبيع ممّن ينعتق عليه فأيضا لا محذور فى ثبوت الخيار هنا غايه الأمر لا يرد العبد إلى البائع لعدم جواز صيروره الحر عبدا بل يرد بدله اليه و على الجمله فمثل هذه الأمثله لا تكون مانعه عن التمسّك بإطلاق أدله خيار المجلس كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه استدل المصنف على عدم ثبوت خيار المجلس للوكيل فى إجراء الصّيغه بوجوه قد عرفتها مع جوابها و عمدتها وجهان الأول ما أشار إليه بقوله

مضافا الى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فى إجراء الصيغه

أقول حاصل كلامه أن بعض اخبار خيار المجلس قد تقارن بخيار الحيوان كقوله (ع) فى الصحيحه فى جواب السائل ما الشرط فى الحيوان قال: ثلثه أيام و قال: ما الشرط فى غير الحيوان قال (ع): البيعان بالخيار ما لم يفترقا و هذه الروايه و ان كانت مطلقه و غير مقيده بكون من له الخيار فى بيع الحيوان هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۳

صاحب الحيوان فقط كما أن ثبوت خيار المجلس للبيع أيضا مطلق من غير أن يكون مقيدا بثبوته للمالك أو الموكل أو لهما و لكن ورد فى روايه أخرى أيضا معتبره أن صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام حيث ثبت الحكم لخصوص صاحب الحيوان فقط و بحسب القواعد و ان لم يكن بينهما تناف و تعاند ليلزم منه حمل المطلق على المقيّد لكون كل منهما مثبتين و لكن نعلم من الخارج علما جزميا أن موضوع الحكم فى كلتا الروايتين هو شىء واحد و أن قوله عليه السلام صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام فى مقام التحديد فبمقتضى هذه المقدمه الخارجيه نحمل المطلق على المقيّد و نلتزم بثبوته لخصوص المالك و ان كانت الروايه المطلقه مع قطع النظر عن الروايه المقيده تقتض ثبوت خيار الحيوان لمطلق البائع و ان كان غير المالك و على هذا فاتّحاد السياق يقتضى أن لا يثبت خيار المجلس أيضا لغير المالك.

و فيه أن اختصاص خيار الحيوان لصاحب الحيوان لا يقتض اختصاص خيار المجلس به و الوجه فيه أن البيعان أو المتبايعان و ان استعملا فى خيارى المجلس و الحيوان فى معنى واحد و لم يختلف المستعمل فيه فيهما و لم يرد منهما المالك بل عنوان المتبايعان بحيث لو كنا و هاتان العبارتان لقلنا بثبوت كلا الخيارين لعنوان البيّع و المتبايع و لكن اختلفت الإراده الجديه بالنسبه إلى خيار المجلس و خيار الحيوان حيث أريد من البيعان و المتبايعان المذكورين فى أدله خيار المجلس عنوان البيّع و المتبايع الشامل للوكيل و الموكل معا و أريد منهما فى خيار الحيوان المالك و صاحب الحيوان من غير تخلف فى الإراده الاستعماليه، و الدليل على هذا

التقييد هو القرينه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۴

الخارجيه حيث علم من الخارج أن قوله (ع) صاحب الحيوان بالخيار وارد مورد التحديد و أن الموضوع فى قوله انّ البيعان بالخيار فى الحيوان الى ثلثه أيام و الشرط فيه هذا هو الموضوع فى قوله صاحب الحيوان بالخيار فقهرا يقيد الحكم بتقيد الموضوع و من الواضح أنه لا بعد فى اختلاف الإراده الجديه بالنسبه إلى حكمين الثابتين بعباره واحده و باستعمال واحده أى بأن يكون الاستعمال فى أحدهما على نسق الاستعمال فى الآخر و نظير ذلک ما إذا قال الخمر حرام و نجس و يحرم بيعها و إمساكها و جميع التقلب فيها ثمّ ثبت التقييد فى أحدهما و قال يجوز بيعها من الكافر فهل فيه محذور عقلا أو شرعا أو عرفا و كذلک فى جميع المقامات و السّر فى ذلك ما قلنا من جواز اختلاف الإراده الجديه فى الحكمين الثابتين على موضوع واحد بحيث يكون فى أحدهما مطلقا و فى الآخر مقيدا و يكون الموضوع أيضا مطلقا و مقيدا و يتعدّد الموضوع بذلك الاختلاف و ان كانت الإراده الاستعماليّه متحده فى كليهما و ذلک لأن التقييد انّما يثبت من الخارج و على الاجمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه لا يدل على ثبوت خيار المجلس للمالک فإن قرينه الاختصاص موجوده فى الأوّل دون الثانى و من هنا ظهر أن خيار الحيوان مختص بالصاحب الحيوان و لم يثبت للمتابعين مع أن خيار المجلس ثابت لهما و ان قلنا بعدم ثبوته للوكيلين فى إجراء الصيغه مع اتحاد السياق يقتضى اختصاص خيار المجلس أيضا بواحد منهما.

على أنه لو كان مقتضى السياق اختصاص خيار المجلس بمن له خيار الحيوان لزم له الالتزام

بعدم ثبوت خيار المجلس للوكيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۵

المفوض أيضا مع أنه لم يستشكل احد حتى هو قدّس سرّه كما سيأتى.

و أما الوجه الثانى فحاصله أن خيار المجلس انما ثبت للمتبايعين بعد الفراغ عن جواز تصرف كل منهما فيما انتقل الى نفسه

اشاره

و قد أثبتت أدله الخيار المجلس لمن له هذا الشأن و من الواضح أن الوكيل فى إجراء الصيغه ليس له ذلك و لا يجوز له التصرّف فى شى ء من العوضين من قبل الموكل.

و من هنا لو شك البائع أن المبيع هل هو ممّن ينعتق عليه أو يجب صرفه فى نفقه من يجب إنفاقه أو يجب عتقه لنذر و نحوه لا يجوز أن يتمسّك بأدله الخيار فيحكم بعدم الوجوب لأن الحكم لا يثبت الموضوع لنفسه و قد عرفت أنها تثبت الخيار فى فرض تمكن ذى الخيار من التصرف فى المال الذى انتقل إلى ذى الخيار و هذا المعنى موضوع للخيار و مشكوك فيه فلا يمكن إثبات الموضوع بذلك.

و يرد على ما ذكره أصلا و فرعا.

أما الأصل

مضافا الى أن ما ذكره خلاف ظواهر الأدله أنه مخالف لمسلكه فإنّه ذكر فى مواضع متعدده من كتابه أن الخيار انّما يتعلّق بالعقد دون العين الخارجى و لذا لا يدور الخيار وجودا و عدما مدار بقاء العين و عدمه بل يجوز اعماله لذى الخيار حتى مع تلف العين و قد تقدم منه قدّس سرّه فى بعض تنبيهات المعاطاه أن الجواز الثابت فيها غير الجواز الثابت فى غيرها بالخيار فان متعلّق الجواز فى المعاطاه هو العين فلكل من المتبايعين ردّ العين و لذا سقط مع التصرف كما قيل و لكن جواز الفسخ فى العقد الخيارى متعلق بالعقد و لذا يبقى مع التلف أيضا. و أيضا ذكر فى تعريف الخيار أنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۶

ملك فسخ العقد و قد كرر ذكر ذلك فى خلال كلماته كثيرا فلا وجه لجعل متعلق الخيار هو العوضين.

و أما الفرع

الذى رتبه على الأصل المذكور فقد ظهر جوابه فما ذكرناه فان متعلق الخيار هو العقد فهو لا يرتبط بحكم آخر ثابت للعين

المبیعه و لا مساس لأحدهما بالآخر أصلا فله ای لذی الخیار أن یفسخ العقد فی الموارد المذکوره و بعده یتبع فی کل مورد حکمه علی ما تقتضیه القواعد الشرعیه فإن کان فیه ما یرفع التکلیف المشکوک فیها و الا فلا بد من الامتثال.

مثلا لو اشتری عبدا و شک فی قرابته و أنه هل ممّن ینعتق علی البائع أم لا فیجوز أن یتمسک بأصاله عدم النسبه بینه و بین العبد و یرده الی مالکه الأول بعد فسخ العقد و ان علم بکونه ممّن ینعتق علیه فحینئذ ینعتق بمجرّد البیع و بما عرفت أن الفسخ لا یتوقف علی بقاء العین و

لما عرفت ان الخيار متعلق بالعين فيجوز له الفسخ و يعطى بدل العبد على مالكه و أما إذا كان المبيع ممّن يجب عتقه لنذر فإذا لم يعتقه فعل حراما فهو لا يزاحم و لا يعارض بأدله الخيار لعدم تعلقه بالعين حتى يصحّ التمانع بينهما و هكذا إذا كان المبيع ممّا يجب صرفه فى نفقه من يجب إنفاقه عليه فان فى شى ء من المذكورات لا يلزم ما ذكره المصنف فجواز التصرف فى المبيع ليس موضوعات لأدله الخيار أصلا و لا له مساس بأصل الخيار بوجه نعم لو كان الخيار منعلقا بالعين لكان لهذا البحث مجال واسع.

و قد ذكر شيخنا الأستاد هنا وجها آخر و جعله محتمل كلام المصنف و حاصله أن موضوع خيار المجلس هو الذى يكون مالكا لالتزام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۷

نفسه بحيث له أن يبقيه و له أن يرفعه بالإقاله إذا رضى الطرف الآخر بذلك و بعد الفراغ عن سلطنه كل من المتبايعين على ذلك يثبت له الخيار و جواز الفسخ فجواز الفسخ لهما متوقف على إمكان الإقاله لهما و حيث ان الوكيل فى إجراء الصيغه ليس له ذلك فإنه لا يقدر على حل العقد بالإقاله فلا يثبت جواز الفسخ بخيار المجلس أيضا.

و فيه أولا- النقض بالنكاح حيث أن الخيار لأجل العيوب المعلومه ثابت فيه و لكن لا تجوز الإقاله للزوجين فلا وجه لجعل ثبوت الخيار متوقفا على جواز الإقاله.

و ثانيا بالحل بان يقال ان كان نظره الى توقف الفسخ بالإقاله حقيقه و أنه لا يؤثر الفسخ فى مورد لا اقاله فيه ففيه أن العقد شى ء واحد و انّما حصل بالالتزامين من الطرفين نظير الحبلين المشدود أحدهما بالأخر فإنّه صار حبلا

واحدا و هذا الشـی ء الواحد و ان کان فی حصوله متوقفا علی التزامین من شخصـین و لکن فی مقام الانحلال ینحل بانحلال من الطرفین کما فی الإقاله و من طرف واحـد کما فی الفسخ و قد عرفت سابقا ان إمضاء أحدهما العقد لا یسـتلزم الإمضاء و الالتزام من الطرف الآخر و لکن الفسـخ من طرف یسـتلزم الفسخ من الطرفین لانه لا یبقی مجالا للوفاء و الوجه فیه أن الفسخ هو الحل و یعبر فی لغه الفارس بکلمه (وا کردن و باز نمودن) و هـذا المعنی شـی ء واحد و معنی بسـیط لا یعقل أن یحصل من طرف و لم یحصل من طرف آخر بل إذا تحقق الحل تحقق من الطرفین.

و بالجمله العقد هو الالتزام من الطرفین نظیر البیعه و ضم احدی الیدین بالأخری و هذا لا یتحقق حصولا الا من الطرفین و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۶۸

لکن انحلاـله لاـ یتوقف علیهمـا بل یحصل بحل واحـد و قـد یکون ذلک هو الإقاله ای المراضاه بالحل من الطرفین و قـد یکون بالفسـخ و لاـ یعقـل تحقق من طرف و توقفه علی أن یتحقق من الآـخر و لیس الفسـخ فی طول الإقـاله و لاـ متوقفـا علیها و لا أن بینهمـا تلاـزم بـل قـد یتحقق أحـدهما بـدون الآـخر و قـد یجتمعـان ففی النکاح یتحقق الفسـخ دون الإقاله و بعـد سـقوط جمیع الخیارات فی العقود اللازمه یتحقق الإقاله دون الفسخ و فی البیوع الخیاریه یمکن الفسخ بکل من الإقاله و الفسخ.

فلا معنی لهذا الوجه أیضا و ان کان نظره الانصـراف و ان أدله الخیار منصرفه الی هذا القسم فلا تثبت الخیار لغیر ذلک فله وجه و لکن عرفت جوابه

من أنه لا منشأ للانصراف أيضا.

و ذكر بعض مشايخنا المحققين من أن الوكيل فى إجراء الصيغه فقط نادر فى باب المعاملات جدا لأنه لا يكون إلا فى غير العربى مع لحاظ صدور البيع عن صيغه لا عن التعاطى لترتيب آثار البيع بالصيغه و على هذا ينصرف دليل الخيار الى غير الوكيل فى إجراء الصيغه لكون ذلك للغير غالبا من حيث الموجود و فيه أولا ـ أن غلبه الوجود لا ـ توجب الانصراف و قد اعترف هو بذلك مرارا عديده فى كلماته السابقه و ثانيا أن الوكيل فى إجراء الصيغه و ان كان قليلا بالنسبه إلى غيره و لكنه كثير فى نفسه كما هو المتعارف فى النكاح فان المتعارف فيه كون العاقد غير الزوجين و فى البيع أن التوكيل فى إجراء الصيغه خصوصا فى البيوع الخطيره كثير جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۶۹

فتحصل أن عمده الوجه لعدم ثبوت الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه هو ما ذكره المصنف قدّس سرّه من كونه موقوفا على جواز تصرف كل من المتبايعين فيما انتقل اليه و ما ذكره شيخنا الأستاذ من توقف الفسخ على الإقاله و قد عرفت أن ما افاده المصنف لا دليل عليه فى نفسه و أنه مخالف لمذهبه و ما أفاده الأستاذ مضافا الى عدم الدليل عليه و بطلانه فى نفسه و الجواب الحلّى عنه انّه منقوض بباب النكاح فإنه ثبت الخيار فيه و لم يتوقف على الإقاله لعدم جريانها فى النكاح.

ثم انّ لشيخنا الأستاذ وجه آخر فى المقام و حاصله أن أدله الخيار انما أثبتت سلطنه على الفسخ لمن هو مأمور بالوفاء بالعقد و من الواضح أن الوكيل فى إجراء الصيغه لم يشمله دليل الوفاء بالعقد و

بعباره أخرى أن أدله الخيار انّما هى مخصصّه لقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و حيث أن الآيه لم تشمل الوكيل فى إجراء الصيغه و لم يكن هو مأمورا بالوفاء بالعقد فيكون دليل التخصص أيضا غير شامل له.

و فيه أن هذا الوجه لا بأس به بناء على ما ذكره المصنف قدّس سرّه فى معنى الوفاء حيث جعل الأمر ظاهرا فى الوجوب التكليفى بالذى يدلّ على اللزوم بالدلاله الالتزاميه فإن لقائل أن يقول أن وجوب الوفاء انّما هو حكم ثابت على ذمه الملاك أو من يقوم مقامهم و أما الوكيل فى مجرّد إجراء الصيغه فليس مأمورا بذلك فإنه من الأوّل لم يجز له التصرّف فى المبيع و لا فى الثمن و ككك فى حال العقد و بعده فلا معنى لان يقال يحرم عليك التصرّف فى العوضين ليكون هذا الحكم شاملا لما بعد الفسخ أيضا حتى يتمسّك به لإثبات اللزوم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷۰

و أما بناء على ما ذكرناه من دلاله الآيه على اللزوم بالمطابقه و كونها إرشادا إلى لزوم العقود من غير أن تدلّ على حكم التكليفى فلا مانع من شمولها على الوكيل فى إجراء الصيغه أيضا فإنه ليس له فسخ العقد بعد إيجاده كما لا يخفى لما عرفت أن الآيه ناظره الى أن كل من أوجد عقدا يجب عليه الوفاء به و من جمله الموجدين للعقد هو الوكيل فى إجراء الصيغه كما هو واضح فهذا الوجه أيضا لا يتم و التحقيق أن يقال انّ الوكيل فى مجرّد إجراء الصيغه و ان صدق عليه البائع و لكن ما دلّ على ثبوت خيار المجلس انّما هو ناظر الى ثبوته للبيّع الذى كان أو البيع بيده و هو

المالک أو من یقوم مقامه و ذلک لأن أحل اللّه البیع انّما هو ناظرا إلى إمضاء البیع فیکون دالا على حلیه البیع الصحیح و هو بیع المالک الموکل و من الواضح ان البیع من غیر المالک أو من یقوم مقامه غیر صحیح من حیث انتسابه الى المالک لا من حیث صدوره من العاقد و الوکیل فی إجراء الصیغه لیس مالکا و لا قائما مقامه فیکون خارجا عن تحت الآیه لأنه لم تمض البیع من حیث جهه الصدور أیضا و هذا لا ینافی صدق البائع على الوکیل فی إجراء الصیغه، و علیه فأدلّه خیار المجلس انّما تثبت الخیار للبیّع فی البیع الصحیح فلا تکون شامله للوکیل فی إجراء الصیغه.

و ثانیا أن الوجوه المذکوره حتى الوجه الذی ذکرناه و ان لم تتم فی نفسها و لا تکون داله على عدم ثبوت الخیار للوکیل فی إجراء الصیغه و لکنها توجب عدم تمامیه مقدمات التمسک بإطلاق قولهم علیهم السلام البیعان بالخیار.

و توضیح ذلک أن دلیل خیار المجلس من قوله (ع) المتبایعان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۷۱

بالخیار و قوله البیعان بالخیار انّما یدلّ على ثبوت الخیار لمطلق البیّع بالإطلاق دون العموم فان ما یدل على السریان هنا هو المحلی باللام و من الواضح أن دلاله على السریان لیس بالوضع بل بمقدّمات الحکمه فالوجوه المذکوره توجب الشک فی التمسک بالوضع بل و تمامیّه مقدماته و على الاجمال لا نطمئن بشمول أدله خیار المجلس للوکیل فی إجراء الصیغه فلا أقل من الشک على أنه لو کان مجرّد إجراء الصیغه موجبه لثبوت الخیار للمجری لها فکان ثابتا للفضولی أیضا بل أولى مع أنه لم یقل به احد فتحصل أنه لا یکون

للوكيل فى إجراء الصيغه خيار المجلس.

و أما الوكيل المفوض فلا شبهه فى ثبوت الخيار له لكونه بيّعا حقيقه و ان أمر البيع بيده نظيره الأولياء للأطفال و المجانين و غيرهما كما لا يخفى و هذا كعامل القراض و نحوه.

و أما الوكيل المفوض فى الشراء فقط أو فى البيع فقط من غير أن يكون وكيلا مفوضا فى مطلق التصرف و لا أن تكون وكالته منحصره فى إجراء العقد فقط بل واسطه بين الشقين فذكر المصنف (ره) أن خيار المجلس لا يثبت لهذا القسم من الوكيل أيضا لأنا ذكرنا أن الميزان فى ثبوت الخيار هو كون ذى الخيار متمكنا من التصرف فيما انتقل اليه قبل ثبوت حق الفسخ له و من الواضح أن الوكيل فى أمر البيع فقط أو أمر الشراء فقط ليس متمكنا من التصرف فيما انتقل إلى البائع المالك أو المشترى المالك لتماميّه أمد وكالته بعد البيع و الشّراء فيكون خارجا عن موضوع خيار المجلس و تبعه شيخنا الأستاذ على الوجه الذى تقدّم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷۲

بيانه فى القسم الأوّل من الوكاله و لكن عرفت عدم تماميّتها بوجه.

و أما بقيه الوجوه لا تجرى هنا حتى ما ذكرناه من الوجهين لكونه أى هذا القسم من الوكيل بيّعا حقيقه فلا وجه لدعوى الانصراف أو غيره من الوجوه.

و الظاهر هو ثبوت الخيار لمثل هذا الوكيل لأن أمد وكالته و أن كان يتم بتماميه البيع أو الشراء و لكن ثبوت الخيار للمتبايعين لا يدور مدار عنوان الوكاله بقاء بل المناط فى تحقق الخيار هو صدق البيّع و من الواضح أن الوكيل المفوض فى البيع أو الشّراء بيّع و ان خلص أمد وكالته بعد البيع أو الشراء

فنتمسک بإطلاق البیّعان بالخیار فنحکم بثبوت الخیار له و ان منعه المالک عن الفسخ فکونه وکیلا مفوضا عند البیّع أو الشراء و صدق عنوان البیّع علیه فی تلک الحاله واسطه لثبوت الخیار له حتی بعد تمامیه وکالته.

و أما الفضولیین فلا شبهه فی ثبوت خیار المجلس لهما لما عرفت أنه انما ثبت لمن کان البیع مستندا الیه و کان أمر البیع بیده و أنه من لوازم البیع الصحیح و قلنا أن بیع غیر المالک لیس بصحیح فان الممضی بقوله تعالی أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ هو جهه انتساب البیع الی المالک لا من حیث صدوره من العاقد و من البدیهی أن الفضولی أجنبی عن هذه المزایا و ان صدق علیه عنوان البیّع بل هو مجرّد إله فی إنشاء البیع کالوکیل فی إجراء الصیغه و أنه کلسان الموکل و الأصیل فلا وجه لثبوت الخیار للفضولیین أیضا.

کان الکلام فی ثبوت خیار المجلس للوکیل و عدم ثبوته له و قلنا أنه لا یثبت للوکیل فی إجراء العقد فقط لأحد الأمرین المتقدّمین.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۷۳

و أما الوکیل المفوّض فلا شبهه فی ثبوت الخیار له فإنه لا شبهه فی صدق البیّع علیه و أن أمر البیع بیده و لا یجری فیه شی ء من الوجوه المانعه عن ثبوت خیار المجلس للوکیل فی إجراء الصیغه غیر ما ذکره المصنف (ره) من أن مقتض اقتران خیار المجلس فی بعض الروایات بخیار الحیوان یقتضی عدم ثبوت خیار المجلس لغیر المالک کما هو الشأن فی خیار الحیوان فاتحاد السیاق یقتض أن یثبت خیار المجلس لمن ثبت له خیار الحیوان دون غیره و ان کان وکیلا مفوضا و لا یکون له خیار المجلس بما أنه بائع

و أما ثبوته له بما انه وكيل مفوض من قبل المالک و أن جميع أموره فی يده حتی أمر المعاملات من الفسخ و الإمضاء فإن ذلک من جهه کونه وکيلا مفوضا لا من جهه کونه بائعا.

و علی الجمله فلازم کلام المصنف من تخصيص موضوع خيار المجلس بمن له خيار الحيوان هو عدم ثبوته للوکيل المفوض أيضا بما من المتبايعين و من البيّع لا بما هو وکيل من قبل البائع و يفسخ البيع أو يمضه بأمر الموکل و توکيله کما هو واضح.

بعباره أخری هذا نقض علی المصنف حيث التزم بعدم ثبوت خيار المجلس للوکيل فی إجراء الصيغه من جهه اختصاصه بمن له خيار الحيوان و مع ذلک التزم بثبوته للوکيل المفوّض مع أنه لم يثبت له خيار الحيوان.

و لکن قد عرفت أن مجرّد ذکر خيار الحيوان فيما ذکر فيه خيار المجلس لا يقتضی الاتحاد من جميع الجهات و علی الاجمال فلا شبهه فی ثبوت هذا الخيار للوکيل المفوّض بل هو کالولی فإن معنی الوکاله کما ذکروا تفويض الأمر إلی الوکيل و جعله مسلطا علی ما وکل لأجله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۷۴

نظير السلطنه المجعوله للأولياء غايته أن سلطنه الأولياء من قبل اللّه تعالی و سلطنه الوکلاء من قبل الموکلين و ليس الأمر کذلک فی الوکيل فی إجراء الصيغه.

و أما الوکيل فی أمر البيع أو الشّراء فقط بحيث يکون وکيلا مفوّضا فی جهه خاصه فقط و ينتهی أمد وکالته بعد البيع فهو واسطه بين الوکيلين المتقدمين و هو من جهه يشبه الوکيل فی إجراء الصيغه و من جهه يشبه الوکيل المفوّض أما من حيث انه شبيه بالوکيل المفوّض من جهه کونه مستقلا فی أمر البيع

أو الشراء و من حيث أنه شبيه بالوكيل فى إجراء الصيغه هو تماميه أمد الخيار بتماميه العقد كما أن الوكيل فى إجراء العقد كك و أما الوجوه التى ذكروها فى عدم جريان الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه فبعضها لا يجرى فى المقام كدعوى انصراف البيّع أو المتبايع عن هذا القسم من الوكيل فإنه بيع حقيقه و أما ما ذكروا من أن جعل الخيار الى خيار المجلس إرفاق للمالك فلا يجرى فى حق الوكيل فهو جار فى المقام و لكن قد عرفت عدم تماميته و هذا لا يجرى فى المفوّض بالمعنى الأول فإنه لا بدّ و ان يلاحظ مصلحه المالك و كك يجرى فى المقام ما ذكره المصنف من أن هذا الخيار انّما جعل لمن يكون قادرا على الرّد و الوكيل المجرى للصيغه و كك الوكيل فى البيع و الشّراء ليس قادرا على رد العين و كك ما ذكره شيخنا الأستاذ من خيار المجلس مجعول لمن يكون قادرا على الإقاله فإن من الواضح أن هذا الوكيل أيضا كالقسم الأوّل من الوكيل لا يقدر على الإقاله إذا رضى بها الطرف الأخر.

و لكن قد عرفت أن هذا الوجه أيضا لم يتمّ فى القسم الأوّل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷۵

فكيف فى المقام و قد عرفت أن الوجه فى عدم ثبوت هذا الخيار للوكيل فى إجراء الصيغه فقط هو أحد الأمرين المذكورين و هما أيضا لا يجريان فى المقام و اذن فلا مانع من ثبوت خيار المجلس هنا لا طلاق قوله عليه السلام المتبايعان أو البيّعان بالخيار ما لم يفترقا لانّه لا شبهه فى صدق البيع عليه حدوثا فيكون ذلك موضوعا لثبوت الخيار له حدوثا و بقاء و

ان منعه المالک عن اعمال الخيار كما ذكره صاحب الحدائق إذ لم يقيد إطلاق الروايه بكون البيع هو المالک أو باقيا على وكالته لو كان هو غير المالک.

و على الجمله فكونه وكيلا عند البيع أو الشراء فى أمرهما يوجب صدق البيّع عليهما و إذا صدق عليهما البيّع فى أن حدوث البيع يثبت الخيار مطلقا سواء زالت الوكاله بعد ذلک التى كانت واسطه لثبوت الخيار له أم بقيت على حالها. و على هذا فليس للمصنف نفى الخيار عن مثل هذا الوكيل أيضا.

و أما ثبوته للموكل فذكر المصنف و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه اشكال و الظاهر أن القول بثبوت خيار المجلس للموكل و عدمه لا يتوقف على القول بثبوته للوكيل أصلا فلا نعرف وجها صحيحا لتعليق المصنف وقوع النزاع فى ثبوت خيار المجلس للموكل أو عدمه بثبوته للوكيل و عدمه بل كل منهما أمر مستقل و بحث خاص لا يرتبط بالآخر و قد يتوهم أن لأدله الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعان أو للبيّع منصرفه إلى المالک العاقد فإذا انتفى أحد الجزئين ينتفى موضوع الخيار، و أيضا قيل ان الموكل لو حلف على أن لا يبيع داره مثلا فباعها وكيلها لم يحنث فلو كان يصدق عليه عنوان البائع لحصل الحنث.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷۶

و فيه أما دعوى الانصراف فلا وجه له لما ذكرنا أن البائع يصدق على الوكيل فى إجراء العقد فكيف لا يصدق بالموكل فلو كان الموكل حاضرا فى مجلس العقد و وكّل أحدا فى إجراء العقد لبيع داره كما هو المتعارف فى النكاح و فى المعاملات الخطيره حقيقه يصدق أن الموكل باع داره فلا عنايه فيه أصلا و من هنا ظهر

ما عن بعض مشايخنا المحققين من استناد الانصراف الى غلبه الوجود.

و أما مسأله عـدم الحنث إذا حلف الموكل أن لا يبيع داره فباع وكيله فان كان قصد الموكل حيث الحلف أن لا يبيع مباشـره فلا شبهه فى عـدم حصول الحنث ببيع الوكيـل قطعـا و ان كان غرضه من ذلك أن لا يبيع على وجه الإطلاق أعم من بيع نفسه و بيع وكيله بـان لاـ يستند اليه البيع أصـلا فلاـ شـبهه حينئـذ فى حصول الحنث بكل واحـد من بيع وكيله و بيع نفسه لاسـتناد البيع الى الموكل حقيقه و ان كان المباشر له هو الوكيل نعم لو حلف مطلقا على أن لا يبيع داره مثلا و كان غافلا عن توكيل شخص آخر فى بيع داره أو ناسـيا فلا يحنث ببيع الوكيل فى تلك الحاله و ان كان صـدور البيع فى حضوره أيضا لأن ظهور الحلف على عدم البيع فى العمـل الاختيارى ففى هنا غير اختيارى لعـدم التفاته بكون الوكيل فى البيع وكيلا عنه لغفلته عن ذلك فعـدم الحنث من هذه الجهه و الا فصدق عليه البائع حقيقه و ان كان غافلا عن وقوع البيع.

ثمّ انه لا بدّ و أن يتكلّم فى ثبوت هذا الخيار و عدمه لأصـناف الموكل فى مقابل أصـناف الوكلاء على الترتيب الذى ذكرناه فى ثبوته و عدمه لكل واحد من الوكلاء فنقول ان كان الموكل وكل أحدا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۷۷

إجراء الصـيغه فهـل يثبت له الخيار أم لا فنقول تاره يكون الموكلان حاضـرين فى مجلس العقـد و أخرى لا يكون حاضـرين فى مجلس العقد و على الثانى قد يكونان حاضرين فى مجلس واحد حين تحقق العقد بين الموكلين فى

مجلس آخر و قد یکونان متفرقین.

أما الأول فلا شبهه فی ثبوت الخیار للموکلین لاستناد البیع إلیهما حقیقه و ان الوکیلان المجریان للعقد لیسا إلا کالآله المحضه و کونهما کاللسانین للموکلین و دعوی انصراف أدله الخیار عن المالک غیر العاقد و لذا لا یحنث لو حلف علی عدم البیّع ببیع الوکیل قد تقدّم جوابهما.

و أما إذا کان الموکلان مجتمعین فی محلّ آخر غیر مجلس العقد بان جمعتهما هیئه اجتماعیه فی محل واحد و کان بین الوکیلین و بینهما و أصل الصّوت بحیث علما بوقوع العقد فیصدق علیهما عنوان البیّع و لا یعتبر حضورهما فی مجلس العقد کما یظهر من شیخنا الأستاذ و أما الثالث بان لا تجمعهما هیئه اجتماعیه أصلا بل کانا متفرقین حال العقد فلا شبهه حینئذ فی عدم ثبوت الخیار لا للوکیل و لا للموکل أما عدم ثبوته للوکیل فقد تقدم لکونه وکیلا فی إجراء الصیغه فقط و لیس أمر البیع بیده و قد قلنا انّ الخیار انما یثبت لمن کان أمر البیع فی یده و الوکیل فی إجراء الصیغه لیس کک.

و أما عدم ثبوته للموکل فلانّ الخیار انّما یثبت للبیّعان فی حاله اجتماعهما الی أن یتفرقا و من الواضح انهما متفرّقان من الأوّل فلا یکون ثابتا لهما.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۷۸

کان الکلام فی ثبوت الخیار للموکل

اشاره

و قد عرفت أن الوکیل علی ثلثه أقسام الأول أن یکون وکیلا فی إجراء الصیغه فقط و حینئذ یکون أمر البیع بتمام المعنی فی ید الموکل و حینئذ قد یکون الموکلین أو أحدهما حاضرا فی مجلس العقد و أخری لا یکونان حاضرین فی مجلس العقد و علی الثانی فتاره تجمعان هیئه اجتماعیه فی مجلس آخر غیر مجلس العقد و أخری

لا یجتمعان فی محل واحد بل کانا متفرقین فی الخارج.

أما الأول فلا شبهه فی ثبوت الخیار للموکلین الحاضرین فی مجلس العقد لاستناد البیع إلیهما حقیقه و توهّم انصراف البیع عنهما الی المالک العاقد فاسد کما عرفت، کما أن توهم استناد الانصراف إلی ندره الوجود فاسد هنا أیضا و ان قلنا بصحته فی الوکیل فی إجراء الصیغه لأن هذا القسم من الموکل کثیر جدا و لا فرق فی ذلک بین کونها ملتفتین بصدور العقد و عدم التفاتهما الیه.

و أما الثانی فهو أن یکون الوکیلان مجتمعین فی مجلس آخر غیر مجلس العقد و وصل إلیهما أن الوکیلین من قبلکما علی اجراء العقد قد أوجدا العقد فإنه ح یثبت لهما الخیار بلا شبهه فإنهما حقیقه متبایعان و یصدق علیهما عنوان البیّع أو المتبایع و التاجر الوارده فی الاخبار التی جعلت بهذه العناوین موضوعه لخیار المجلس و دعوی أن ثبوت الخیار لهما مشروط بحضورهما فی مجلس العقد کما عن ظاهر شیخنا الأستاذ لا وجه له فإنّ الإطلاقات محکمه علیه.

و أما الثالث فهو أن یکونا خارجین عن مجلس العقد و کانا متفرقین فی الخارج فالظّاهر أنه لا خیار لهما ح و ذلک فان خیار

المجلس انّما هو مغیّا بغایه و هی الافتراق و من الواضح أن تلک الغایه حاصله هنا من الأوّل فکیف یثبت لهما الخیار ح و هذا لا ینافی صدق البائع علیهما و استناد البیع إلیهما فإن مجرّد صدق البائع لا یصحّح ثبوت الخیار علیه بل لا بدّ مع ذلک من اجتماعهما فی مجلس واحد.

و بعباره أخری الافتراق رافع لخیار المجلس حین التحقیق فلا یعقل ثبوت الحکم مع وجود الرافع من الأوّل

و الاـ يلزم التنـافى و لا يثبت للوكيل أيضا كما عرفت لكونه وكيلا فى إجراء العقـد على هـذا الخيار بان فوضا أمره الى الوكيلين ليثبت لهما الخيار عن قبل الموكلين أم لا الظاهر لا فإنه لم يثبت لهما فكيف يؤكلان الغير على ذلك و ان فاقد الشـى ء لا يكون معطيا له.

و أما الوكيـل المفـوّض من جميع الجهـات فهـل يثبت معه الخيـار للموكـل أم لاـ فهـو أيضـا على ثلثه أقسـام: الأـوّل أن يكـون الموكلان حاضـرين فى مجلس العقد فهذا لا شـبهه أيضا فى ثبوت الخيار لهما كما ثبت للوكيلين حينئذ فإنه يصدق عليهما البيع حقيقه كما تقـدم فى القسم الأول و توهم الانصراف هنا قد تقدم جوابه كما تقدم الجواب أيضا عن انه لو حلف على عدم البيع فبايع الوكيل لم يحنث.

و أمـا القسم الثـانى فهو أن يكون الموكلاـن فى خارج مجلس العقـد و لكن تجمعهما الهيئه الاجتماعيه فى محل واحـد و معامل الوكيلان المفوّضان فى محل و أخبر الموكلين بصـدور العقد فإنه ح حقيقه يصدق عليهما عنوان البيّع و المتبايع و التاجر التى هو موضوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۰

خيـار المجلس و لاـ وجـه لاعتبـار حضورهمـا فى مجلس العقـد كمـا عرفـت فى القسم الأـول أمـا القسم الثـالث فهـو أن يكـون الموكلان خارجين عن مجلس العقـد و لم يجتمعا فى محلّ واحـد و لم تجمعهما هيئه اجتماعيه فى مكان واحد و حينئذ لا يثبت لهمـا الخيـار كما تقـدّم لتحقق البيع حال التفرق و هـذا نظير ما كتب كتابا الى أحـد و أنشأ فيه بيع داره مثلا و وصل الكتاب إلى المشترى بعد مده و قلنا بعدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول فقبل المشترى

البيع فإنه لا يثبت الخيار فی أمثال ذلک فان البيع قد تحقق فی حال التفرق فلا يكون لهما الخيار.

قوله: ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد.

أقول: بناء على ثبوت الخيار للموكل أيضا فإذا كانا الموكلين موجودين فی مجلس المعقد مع الموكلين المفوّضين فهل المناط فی سقوط خيارهما تفرقهما عن مجلس العقد بان يكون ثبوت خيار المجلس دائرا مدار اجتماعهما فی مجلس العقد و تفرقهما عنه و إذا تفرقا عنه يسقط الخيار عنهما و عن وكيلهما و الوجه فی جعل الميزان فی الثبوت الخيار و عدمه هو تفرق الموكلين و عدمه من جهه أنهما اصيلين فی المعامله و حقيقه هما بائعان فيكون المناط هو الأصلان.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الوكيلين لأنهما أو جدا المعامله و هما المناطان فی ثبوت خيار المجلس و عدمه لأنهما أو جدا البيع و لو عنه وكاله.

و يحتمل أن يكون المناط هو تفرق الكل فيكفی فی بقاء الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۱

بقاء احد الاصيلين مع أحد الوكيلين فی مجلس العقد فی بقاء خيار المجلس و هذا الوجه الأخير قد قواه المصنف.

و أشكل عليه شيخنا الأستاد بأن كفايه بقاء أصيل مع وكيل آخر فی مجلس العقد مع اعتباره قدس سره حضور الموكلين فی المجلس حيث قال آنفا فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فی مجلس العقد متنافيان لانه لو لم يعتبر استدامه الحضور ممّن له الخيار لم يعتبر فی الابتداء أيضا لأن استفاده الاجتماع فی المجلس انّما هو من قوله عليه السلام ما لم يفترقا فلو صدق عدم تفرق الموكل ببقاء وكيله فی المجلس صدق اجتماعه أيضا ابتداء و ان لم يكن نفس الموكل حاضرا فی المجلس رأسا.

و فيه أن هذا من غرائب

الكلام شيخنا الأستاذ فإن اعتبار المصنف حضور الموكلين فى مجلس العقد فى ثبوت الخيار لهما من جهه عدم تحقق موضوع الخيار بدونه فإنّه انّما ثبت على الهيئه الاجتماعيه و مع انتفائها ينتفى الخيار و ليس غرضه نفى الخيار عن الأصيل مع الوكيل بل من هذا جهه أعم.

و أما الالتزام بثبوت الخيار لكل واحد من الوكيل و الموكل مع بقائهما فى مجلس العقد و ان ذهب أحد الوكيلين مع الموكل الآخر بل يكفى وجود الأصيل مع الوكيل الآخر فى ثبوت الخيار حدوثا أيضا فلا ينافى هذا بالكلام السابق أصلا فإن ما هو موضوع الخيار متحقق هنا أيضا أعنى الهيئه الاجتماعيه غايه الأمر هو الاجتماع بين الوكيل و الموكل الآخر.

و بعباره أخرى أن المصنف اعتبر الاجتماع فى ثبوت خيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۲

المجلس ابتداء و استدامه غايه الأمر أن الاجتماع أعم من اجتماع الوكيلين و الموكلين واحد الوكيلين مع أحد الموكلين حدوثا و بقاء.

و ما ذكره المصنف من جعل المناط فى سقوط الخيار هو تفرق الكل بحيث يكفى فى ثبوت الخيار و بقائه بقاء الأصيل مع وكيل آخر

فهو الأقوى و ذلك لأن ظاهر قوله عليه السلام المتبايعان أو البيّعان أو التاجر بالخيار ما لم يفترقا هو ثبوت الخيار الطبيعى البيّع و المتبايع و جنسهما من غير اعتبار التقييد فى ذلك بان يكون المراد اجتماع الوكيلين معا أو الموكلين كك و عليه فيكفى فى ثبوت الخيار وجود الأصيل مع الوكيل الآخر حدوثا و بقاء لصدق الطبيعه عليهما بلا شبهه.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و قلنا بعدم ثبوته للوكيل فى إجراء الصيغه و بثبوته للوكيل المفوّض فى البيع فقط خلافا للمصنف و لشيخنا الأستاذ

لاعتبارهما فى ثبوت الخيار قدره ذى الخيار مشروط بالتصرف فيما انتقل اليه على سلك المصنف و بقدرته على حل العقد بالإقاله على مسلك شيخنا الأستاذ و الوكيل المفوّض فى أمر البيع ليس له ذلك و قد تقدّم جوابهما و قلنا ان المناط فى ثبوت الخيار صدق البيّع و هو حاصل و ان تم أمد الوكاله كما تقدّم خلافا لصوره السابقه و أما الوكيل المفوّض فثبوت الخيار له أوضح من أن يخفى و ان كان فيه شى ء بناء على ما ذكره المصنف من تقييد ثبوت خيار المجلس بمن يثبت له خيار الحيوان.

ثمّ انتقلنا من ذلك الى ثبوت الخيار للموكل و قلنا لا شبهه فى ثبوته للموكل الحاضر فى مجلس العقد مع كون الوكيل وكيلا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۳

إجراء العقد و كذا لا شبهه فى ثبوته للموكلين إذا اجتمعا فى مجلس غير مجلس العقد فإنه لم يعتبر فى ثبوته حضورهما فى مجلس العقد كما اعتبره شيخنا الأستاذ نعم إذا كانا متفرقين فى الخارج فلا يثبت لهما الخيار لانّ البيع استند إليهما فى حال التفرق و لا يثبت للوكيل أيضا لأن المفروض أنه وكيل فى إجراء الصيغه فقط.

و أما ثبوت الخيار للموكلين مع كون الوكيل مفوضا سواء كان وكيلا مفوّضا فى البيع و الشّراء أو وكيلا مفوّضا على وجه الإطلاق، و نفرض الكلام فى الوكيل المفوّض على وجه الإطلاق و يظهر حكم الوكيل المفوّض فى خصوص البيع و الشراء من ذلك أيضا.

فنقول لا شبهه فى ثبوته للموكلين حينئذ مع حضورهما فى مجلس العقد فإنّه لا شبهه فى صدق التاجر أو المتبايعين أو البيعين على كل منهما و من الواضح أن خيار المجلس ثابت لهما

بالأدله الخاصه.

و توهم انصرافها عن ذلک الی المالک المجری للعقد فاسد کما تقدم و کک تقدم جواب الإشکال بأنّه لو حلف أن لا یبیع داره فباع وکیله لم یحنث فیعلم من ذلک أنه لا یثبت له الخیار لعدم صدق البائع علیه.

و کذلک لا- شبهه فی ثبوته لهما إذا اجتمعا فی مجلس آخر غیر مجلس العقد بأن جمعتهما الهیئه الاجتماعیه فإنهما أیضا من المتبایعین فیثبت لهما الخیار فلو أخبرهما أحد أن الوکیلین من قبلکما قد أجریا العقد علی السلعه الفلانیه و علما بثبوت الخیار لهما فلهما الإمضاء و الفسخ.

و لا وجه أیضا لاعتبار الحضور فی مجلس العقد کما یظهر من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۸۴

شیخنا الأستاذ و أما لو کانا متفرقین فلا یثبت لهما الخیار کما تقدم تفصیله فی القسم الأول و لا یفرق فی ذلک کله بین کون الوکیلان من قبلهما مفوّضین فی البیع و الشّراء فقط أو علی وجه الإطلاق أو مختلفین.

و قد بقی الکلام فی أمرین

الأول أنه إذا اجتمع الموکلان و الوکیلان فی مجلس العقد

اشاره

فإنه لا شبهه فی ثبوت الخیار لهما کما عرفت و انما الکلام فی انه إذا أعمل کل منهما الخیار من الفسخ أو الإمضاء فهل یوجب ذلک لزوم البیع أو انفساخه من قبل الجمیع سواء فی ذلک الموکلان و الوکیلان أم لا.

أما الفسخ

فإنه إذا تحقق من أی من الوکیلان أو الموکلین من طرف البائع أو من طرف المشتری فإنه یوجب هدم البیع و انفساخه بلا شبهه و الوجه فیه هو ما ذکرناه فی تعریف الخیار من أنه ملک فسخ العقد أو إقراره و قلنا هناک انه فرق بین الفسخ و الإقرار فإن الإمضاء و الالتزام إذا تحقق من طرف واحد سواء کان من طرف المشتری أو من طرف البائع لا یستلزم الإمضاء من طرف الآخر فإنه معنی قائم بالطرفین فیمکن الإقرار و الإثبات من احد الطرفین بان یلزم أن یفسخ العقد و لا یرفع الید من التزامه و لکن یکون جائزا من الطرف الآخر بأن یکون مختارا فی الفسخ أو الإمضاء.

و هذا بخلاف الفسخ فإنه لا یعقل أن یتحقق فسخ العقد من طرف و بقائه من طرف آخر بل بمجرد تحققه من أحد الطرفین

ينفسخ العقد من أصله و هذا الخصوصيّه فى الفسخ فإنه ليس إلا عباره عن حلّ العقد و هدمه فلا معنى لان ينحلّ العقد من أحد الطرفين و يبقى من الطرف الآخر كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۵

و عليه فإذا فسخ أحدهم من الوكيلين أو الموكلين من طرف البائع أو من طرف المشترى فينحل البيع من الطرفين و ينفسخ من أصله فلا يبقى موقوفا من الطرف الآخر على الفسخ أيضا كما كان لزوم العقد من الطرفين موقوفا على إمضاء كلا

الطرفين كما هو واضح.

و أما الإمضاء و إسقاط الخيار

فهل يوجب الإلزام من احد الطرفين الإلزام من الطرف الآخر أيضا كما ذكره المصنف و التزم به أم لا بل يبقى الطرف الآخر باقيا على خياره.

و تنقيح ذلك يحتاج الى تحقيق معنى قوله عليه السلام البيّعان بالخيار ما لم يفترقا من أن المراد من البيّع هو الطبيعه أو أريد منها القضيه الحقيقيه.

و قد يقال ان المراد من قوله المتبايعان أو البيعان بالخيار ما لم يفترقا هو جنس المتبايع و البيع أى الطبيعه الكليه بحيث اثبت الامام عليه السلام الخيار لهذه الطبيعه إنما سرت و قد تكون قائمه بفرد واحد و قد تكون قائمه بأفراد عديده و لكن الثابت هو الخيار الواحد فقط القائم بالطبيعه و لا يتعدد بتعدد الافراد فكلمن سبق من افراد هذه الطبيعه إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد كما كان الأمر كك فى الانفساخ أيضا غايه الأمر إتيان البيّع أو المتبايع بكلمه التثنيه فى قوله (ع) المتبايعان بالخيار أو البيّعان بالخيار ما لم يفترقا قرينه على أن الثابت للمتبايعين هو خياران أحدهما لطرف البائع و الثانى لطرف المشترى و إطلاق البيّعين على البائع و المشترى أو من جهه التغليب كإطلاق الشمسين على القمر و الشمس من باب المشاكله و المشابهه أو من جهه صحه إطلاق البائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۶

على المشترى حقيقه فإنه بمعنى ترک شى ء و أخذ شى ء آخر بدله كما فى القاموس و الراغب و أما أن الثابت لكل طرف أيضا متعدّد حسب تعدّد اشخاص هذا الطرف و ذلک الطرف فلا بل ثبت الخيار لصرف الوجود.

و على الاجمال فظهور الروايات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين هو أن هنا خياران

قـد ثبتا على طبيعين أحـدهما قـد ثبت على طبيعى البائع و الثانى قد ثبت على طبيعى المشترى و الإتيان بكلمه التثنيه أما من جهه المشاكله أو من جهه الحقيقه كما تقـدّم و هاتان الطبيعتان سواء تعددت افرادهما أو اتحدت لكل منهما خيار واحد فأىّ من افراد هـذه الطبيعه سـبق على اعمال الخيار بأن أمضـى العقد فسـقط الخيار عن الباقين لأن المفروض أنه كان هنا خيار واحد قائم بهذه الطبيعه فبمجرد اعمال فرد من هذه الطبيعه ذلك الخيار سقط عن الباقين فإن الطبيعى يحصل بصرف الوجود فقط و كك الكلام فى الطرف الآخر من الطبيعى.

و على هذا فلكلام المصنف مجال واسع حيث قال

و ح فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشـخاص كثيره من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط أخيار الباقين بلزوم العقد أو بانفساخه فان ذلك المسأله فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.

فإنه على هذا قد اتضح الفرق بين هذه المسأله و مسأله تقديم الفاسخ على المجيز فان مورد المسأله الثانيه هو أن يكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۷

الفسـخ أو الإمضـاء من أحـد طرفى العقـد لاـ من طرف واحـد فقط فإنّه لا شـبهه ح انه إذا فسـخ أحـد الطرفين انفسـخ العقـد من الطرفين و أما إذا أمضى أحدهما دون الآخر لا يكون العقد لازما من الطرفين و هذا هو الفارق بين المسألتين كما لا يخفى.

و لكن الظـاهر ليس كـك فالظـاهر من الروايـات الـداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين على سبيل القضـيه الحقيقيه كما هو كك فى جعل سائر الأحكام

التكليفيه و الوضعيّه فإنها جعلت على الموضوعات المقدره المفروضه وجودها و هكذا فى المقام و على هذا فظهور الروايات ان خيار المجلس انما ثبت على كل من صدق عليه المتبايع و البيّع و التاجر فكل من صدق عليه شى ء من هذا العناوين فله خيار المجلس و عليه فان سبق الوكيل المفوض من جميع الجهات إلى اعمال الخيار بأن أمضى العقد فيكون إمضاء من قبل الموكل أيضا و ان كان لكل منهما خيار مستقل و لكن حيث كان الوكيل وكيلا مفوضا فله أن يفسخ المعامله من قبل المالك حتى فيما له خيار المجلس كما إذا حضر مجلس العقد بعد تحقق المعامله بين موكله و شخص آخر فان له الفسخ من قبل الموكل فإذا كان الوكيل المفوض الوارد بعد العقد له ذلك فالمفوّض الحاضر فى مجلس و الموجد للعقد أو بان يفسخ من قبل الموكل أيضا فيكون إمضاؤه استقلالا من قبل نفسه و وكاله من قبل الموكل فيسقط خيارهما معا حتى لو كان غافلا عن ثبوت الخيار للموكل فإن الوكاله ليست من الأمور التى اعتبر فيها قصد الوجه و لذا لو وكل احد شخصا فى معامله و عامل الوكيل تلك المعامله بقصد الفضوليه لعدم علمه بالوكاله فإنه ليس للموكل أن يرد تلك المعامله و المعامله معها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۸

معامله الفضوليه كما لا يخفى.

نعم لو قصد الموكل فى إمضائه العقد و إسقاطه الخيار الحصه الخاصه من الخيار المختص لنفسه أو لموكله فلا يسقط من كليهما و أما فى غير هذه الصوره فيسقط خيار الجميع بإمضاء الوكيل العقد و بهذا يمتاز الوكيل المفوّض من جميع الجهات عن الوكيل المفوّض فى خصوص البيع و الشراء فقط

فإنه ليس له إسقاط الخيار الا من قبله لانه ليس له التصرف فى الأمور الراجعه إلى الموكل فى غير البيع أو الشّراء اللّذان قد حصلا و خلصت وكالته.

نعم لو كان الخيار ثابتا لطبيعه البيّع و المتبايع لكان هذا القسم من الوكيل المفوّض كالمفوّض المطلق و نفس الموكل فيما ثبت له الخيار لكونه فردا من طبيعه المتبايع و البيّع أيضا.

قوله: ثمّ على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبره فيه إلخ

اشاره

أقول: هذا هو الأمر الثانى و حاصله ان الغايه فى خيار المجلس الثابت للموكلين و الوكيلين معا فى مجلس العقد أى شى ء هل هى تفرّق الموكلين لكونهما أصلا فى المعامله أو هى تفرّق الوكيلين لأنهما السبب فى ثبوت الخيار للموكلين لأنهما أوجدا المعامله أو بتفرّق الكل فيكفى بقاء وكيل مع أصيل آخر فى مجلس العقد وجوه كما ذكره المصنف أو المناط فى حصول الغايه هو تفرق واحد منهم أىّ منهم كان كما احتمله السيّد (ره) فى حاشيته وجوه.

و تحقيق الكلام أنه تاره نقول بثبوت الخيار للطبيعه اى طبيعه المتبايعين و البيّعين و أخرى نقول أنه حكم انحلالى الى كل ما يصدق عليه عنوان المتبايع و البيّع على سبيل القضيه الحقيقيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۸۹

أما على الأول [أى ثبوت الخيار للطبيعه]

فلا يرتفع الخيار بتفرّق بعضهم ما لم يتفرق مجموعهم بان كان فى المجلس من يصدق عليه عنوان المتبايع و طبيعه البيّع و يصدق ذلك ببقاء أحد الوكيلين مع الأصيل الآخر بان يبقى فى المجلس أحد الوكيلين من طرف و أحد الاصيلين من طرف آخر و ببقاء الاصيلين و ببقاء الوكيلين و على هذا فكلام المصنف متين و لكن قد عرفت أن اراده الطبيعه من البيّع و المتبايع و جعلها موضوع الحكم فى المقام خلاف ظواهر الأدله فإن الظاهر منها أن الخيار ثابت لبيّع على نحو القضيه الحقيقيه و المتبايع الذى يكون مفروض الوجود على أنه لو كان المراد من الأدله هو ذلك فلازمه القول بثبوت الخيار للموكل و ان لم يكونا مجتمعين فى مجلس واحد بل متفرقين فى الخارج فإن طبيعى البيّع و المتبايع لم يحصل التفرّق فيه و مقتضى الإطلاق أن طبيعى البيّع بالخيار ما لم يحصل التفرّق

بینهما و من الواضح أن الموکلین أیضا یصدق علیهم طبیعی البیّع فیکون لهما الخیار ما لم یحصل التفرّق من الوکیلین الحاضرین فی مجلس العقد و هذا مما لم یلتزم به المصنف و لا أنه ینبغی أن یلزم به احد فیعلم من ذلک أی من عدم التزام المصنف بهذا النقض أنه لم یقل بثبوت الخیار للطبیعه و دعوی أن صدر الروایه و هو ثبوت الخیار للطبیعی البیّع معارض مع ذیله و هو ما لم یفترقا فإنّه یصدق علی المتفرقین انهم بیّع تفرّقوا فلازم الصدر ثبوت الخیار لمن صدق علیه البیّع حتی المتفرّقون و لازم الذیل عدم ثبوته للمتفرقین فیعارض الصدر الذیل دعوی جزافیه فإن انتفاء الطبیعه بانتفاء جمیع افراده و لکن ثبوتها بثبوت فرد واحد منها.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۹۰

و علی الجمله أن ما التزم به المصنف من کون المناط فی التفرّق هو تفرّق الکل صحیح بناء علی ثبوت الخیار للطبیعه و لکنه یلازم بما لم یلتزم به أحد.

و أما علی الثانی أعنی ثبوت الخیار علی الموضوع المفروض الوجود الذی عباره عن القضیه الحقیقه

فإن کان الموکلان مجتمعین فی مجلس غیر مجلس العقد بان جمعتهما الهیئه الاجتماعیه فی مجلس واحد فلا شبهه فی أن المناط فی التفرّق الذی هو غایه للخیار هو تفرّق الموکلین عن مجلسهما کما أن المناط فی سقوط الخیار عن الوکیلین تفرقهما عن مجلس العقد فلا ربط لتفرق الموکلین بالوکیلین و بالعکس.

و ان کان المجموع من الموکلین و الوکیلین حاضرون فی مجلس العقد فالمناط فی بقاء الخیار و سقوطه هو تفرّق أیّ منهم و بقاء الآخرین فکل من خرج عن مجلس العقد سقط خیاره و کل من بقی فی المجلس فهو مختار بشرط أن یکون الباقین بعضهم من طرف البائع و بعضهم من طرف المشتری.

و بعباره

أخرى أن الخيار ثابت لكل ما يصدق عليه المتبايع أو التاجر أو البيّع على نحو الانحلال و الغايه فى سقوط ذلك هو التفرق فإذا بقى الوكيلين و خرج الموكلين فالخيار باق بالنسبه إلى الوكيلين و ساقط عن الموكلين و ان كان العكس فالأمر بالعكس و ان اختلف الأمر بأن بقى أحد الوكيلين من طرف مع الأصيل الأخر من طرف آخر و خرج أحد الوكيلين مع أحد الاصيلين فيبقى الخيار فى الباقين و يسقط عن الخارجين.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۱

و الحاصل أنه بناء على الانحلال فكل من صدق عليه البيّع من أحد الطرفين مع ما يصدق عليه البيّع من الطرف الآخر اجتمعا فى مجلس العقد أى بقيا و ان تفرق غيرهما فهما بالخيار و يسقط الخيار عن المتفرّقين لأن الغايه قد حصلت بالنسبه إلى المتفرّقين و لكنها بعد لم تحصل بالنسبه إلى الباقين كما هو واضح. و من هنا ظهر بطلان سائر الوجوه المذكوره فى المقام.

قوله: و ممّا ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان جعلنا الإجازه كاشفه

أقول: قد ظهر من مطاوى ما ذكرناه عدم ثبوت الخيار للفضوليين و ان صدق عليهما عنوان البائع و المشترى فإنّك قد عرفت ان المناط فى ثبوت خيار المجلس للبائع هو كون أمر البيع فى يده و من الواضح أن الفضوليين ليسا كك و من هنا ذكر المصنف أنه إذا لم يثبت الخيار للوكيلين الغير المستقلين فى التصرف فعدم ثبوته للفضوليين أولى كما لا يخفى و أما دعوى أنه لا يصدق عليهما المتبايع فقد اتضح جوابه ممّا تقدم و ممّا ذكره المصنف (ره) من ان البيع هو النقل العرفى و هو موجود هنا فيصدق عليهما المتبايع و أما ثبوته للمالكين فذكر المصنف أن له وجه بعد الإجازه مع حضورهما

فی مجلس العقد و اعتبار مجلس الإجازه علی القول بالنقل له وجه خصوصا علی القول بأن الإجازه عقد مستأنف جدید علی ما تقدم توضیحه فی مسأله عقد الفضولی.

و قد أمر شیخنا الأستاذ علی عدم ثبوته للمالکین فی المعامله الفضولیه إذا لم یحضرا فی مجلس العقد و حضورهما فی مجلس الإجازه لا یکفی فی ثبوت الخیار لهما لان الانتقال و ان حصل حال الإجازه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۹۲

الا أنه لو احتمل خصوصیه الاجتماع حال العقد فلا مانع لهذا الاحتمال و إطلاق البیّعان بالخیار لیس بصدد البیان من هذه الجهه.

أقول قد عرفت أن قوله علیه السّلام البیّعان بالخیار حکم انحلالی ثابت لکل من صدق علیه المتبایع مع حضورهما فی مجلس واحد عند العقد حتی صدق البیّع و المتبایع علیهما و من الواضح فإذا أجاز المالکین البیع فیستند البیع إلیهما و یصدق علیهما عنوان البیّع ح فیثبت لهما الخیار لتحقق موضوعه و لا یفرق فی ذلک بین الکشف و النقل فی ذلک فإنه علی کل حال فزمان الإجازه زمان استناد البیع الی المالکین و زمان الاستناد هو زمان صدق البیّع علیهما و هو موضوع الخیار فیثبت لهما الخیار حین الإجازه و العجب من شیخنا الأستاد کیف استشکل فی إطلاق البیّعان بالخیار مع صدق البیّع علی المالکین هنا لا یقصر عن صدقه علی سائر البیاعین فلا نعرف الفرق بین المقام و بین سائر الموارد الا من حیث ماده البیّع و لا من حیث هیئته.

(فی حکم ثبوت الخیار لشخص واحد من حیث کونه بائعا و مشتریا).

اشاره

قوله مسأله لو کان العاقد واحدا لنفسه أو غیره

أقول قد عرفت حکم ثبوت الخیار للبائع و المشتری فی صوره التعدّد سواء کانا وکیلین أو موکلین أو مختلفین، و کک لا شبهه فی

ثبوت الخيار فيما إذا كان المنشئ واحدا و كان الموكلين من البائع و المشترى متعددا و حاضرا فى مجلس العقد فإنه يثبت الخيار لكل منهم ما لم يتفرقوا و انّما الإشكال فيما إذا كان شخص واحد وكيلا من قبل كل من البائع و المشترى فإنّه لا تعدد فى هذه الصوره من الطرفين و مفروض المسأله على ثلثه أقسام لأن الوكيل المذكور قد يبيع من الموكل لنفسه و قد يبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۳

من نفسه لموكله و قد يبيع من احد الموكلين للآخر. و هل يثبت له الخيار ح من كل من الطرفين أولا يثبت الخيار له أصلا و قد وقع الخلاف فى ذلک و الظاهر أن المعروف هو عدم ثبوت الخيار له من الطرفين و ذهب بعضهم الى ثبوته و منهم السيّد (ره) فى حاشيته و استدلوا على ثبوته بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين ما لم يفترقا أو حتى يفترقا. و من الواضح أن الشخص الواحد يصدق على البائع و المشترى باعتبارين.

و لكن الكلام فى ثبوت المانع عن ذلک فى المقام

اشاره

و ذكروا وجوها للمانعيه

الأول أن المذكور فى الروايات هو المتبايعان أو البيّعان

و من الواضح ان الشخص الواحد لا يصدق عليه الاثنينيه فانّ التثنيه فى حكم تكرار المفرد و مجرّد صدق العناوين المتعدده على شى ء واحد لا يصح إطلاق التثنيه عليه الا باعتبار هذا العنوان الانتزاعى مثلا فيقال ان له عنوانين أو عناوين.

و يمكن الجواب عنه بأن المراد من الروايات المشتمله على ذكر التثنيه هو ثبوت الخيار للبائع بعنوانه و للمشترى بعنوانه فكأنه (ع) قال البائع بالخيار و المشترى بالخيار ما لم يفترق أحدهما عن الآخر و هذا لا ينافى ثبوته لشخص واحد يكون مجمعا للعنوانين فالنكته فى الإتيان بلفظ التثنيه هى كون الغالب فى البيوع تعدد المتعاملين و كون البائع غير المشترى بداهه عدم موضوعيه التثنيه و الاثنينيه فى ثبوت الخيار و عليه فلا مانع من التمسّک بالإطلاقات الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين فى المقام أيضا.

الوجه الثانى أن الحكم أعنى الخيار مغيّا بالافتراق أو الموضوع و هو المتعاملين مغيا بالافتراق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۴

كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و قلنا فى بعض المباحث الأصوليه أن جميع الشروط فى القضايا الشرطيه ترجع الى الموضوع و على كل حال فهذه الغايه مستحيله فى شخص واحد فإنه لا يعقل الافتراق هنا و من الواضح أنه لا معنى لكون الحكم مغيا بغايه مستحيله كما إذا قال أحد أن هذا الحكم ثابت حتى يلزم الدور أو التسلسل أو اجتماع النقيضين أو الضدين، و هذا الوجه هو الظاهر من المصنف.

و فيه أولا ما اجابه السيد نقضا من أن الغايه المذكوره قد تكون مستحيله فى شخصين كما إذا كانا متلاصقين فإنه لا شبهه فى ثبوت الخيار لهما مع أن الافتراق فيه مستحيل أيضا. و هذا النقض لا بأس به و كك يصحّ النقض بما إذا كانا متعددين غير متلاصقين و لكن كان الافتراق مستحيلا

عاده کما إذا کانا فی السجن المخلد فإنه لم یتوهم أحد عدم ثبوت الخیار فی أمثال ذلک و علیه فیثبت له الخیار و لا یسقط الا بمسقط غیر الافتراق.

و ثانیا بالحل بان یقال ان الحکم و ان کان مستحیل ان یکون مغیا بغایه مستحیله کان یجعل علی موضوع معلقا باجتماع النقیضین و لکن المقام لیس ککک فإنه لا- بأس بأن یکون مغیا بغایه هی المجامع بین الممکن و المستحیل کما إذا کان قال المولی لا- تجوز الصلاه فی الثبوت النجس حتی یغسل أو الی أن یغسل و کقوله مثلا- لا تجوز أکل المتنجس الی أن یغسل أو حتی یغسل فان الغسل قد یکون مستحیل فی بعض أفراد المتنجس لکونه موجبا لانتفاء العین المغسوله و من الواضح أن الاستحاله فی خصوص فرد لا یوجب بطلان الحکم المجعول إلی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۹۵

غایه جامعه بین الفرد الممکن و المستحیل و ککک فی المقام فان الخیار و ان کان مغیی بغایه و هی الافتراق و لکن هذه الغایه لیست مستحیله دائما بل هی مستحیله فی بعض الافراد کما عرفت فی الفروض المتقدمه فمثل هذا لا یمنع عن جعل الحکم مغیی بغایه فکما لا یمنع استحاله الغسل فی مثل السّکر و القند و الصبغ عن کون الغسل غایه لجواز أکل المتنجس أو لبسه و ککک الافتراق المستحیل فی فرد خاص لا یمنع عن جعل ثبوت الخیار للمتبایعین مغیی بغایه و هی الافتراق و هل یتوهم أحد أنه یجوز أکل السکر المتنجس و الحلیب المتنجس من جهه ان استحاله الغسل فیها أوجبت سقوط الحکم بوجوب الغسل نعم فیما کانت الغایه مستحیله من جمیع الجهات فلا معنی لکون

الحكم مغيى بتلك الغايه.

كان الكلام فى ثبوت خيار المجلس لشخص واحد الذى كان وكيلا من قبل البائع و المشترى و هو قد يبيع مال نفسه من احد الموكلين أو مشترى من أحدهما لنفسه أو يبيع من أحد الموكلين للآخر و بناء على ثبوت الخيار له لا يسقط الا بمسقط آخر و قد تقدّم أن المانعين عن ثبوت خيار المجلس له من الطرفين تمسكوا بوجوه الأوّل:

عدم شمول الإطلاقات الداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين لما نحن فيه فإنّها تدل على ثبوته للمتبايعين و البيّعين بحيث يكونان متعددا و الشخص الواحد لا يكون متعددا.

و بعباره أخرى أن الإطلاقات تدل على ثبوت خيار المجلس للتثنيه بحيث يكون أحدهما بائعا و الأخر مشتريا و الشخص الواحد و ان كان يصدق عليه عنوان البائع و عنوان المشترى و لكنه لا يصدق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۶

عليه عنوان التثنيه فإنها فى حكم تكرار المفرد و المفرد لا يصدق عليه التكرار نعم يصدق عليه العناوين المتعدده.

و فيه أن الإتيان بالتثنيه من جهه الغلبه فإن الغالب أن المتصدى للبيع و الشراء هو شخصان و هذا لا ينافى ثبوت الخيار للشخص الواحد أيضا إذا تصدى للبيع و الشراء بوحدته كما يثبت له بقيه أحكام البائع و المشترى و الإتيان بالتثنيه فى حكم أن البائع له خيار ما لم يفترق عن المشترى و المشترى له الخيار ما لم يفترق عن البائع و القرينه على هذا هو ثبوت الخيار لكل من البائع و المشترى مستقلا من غير أن يتوقف اعماله على اعمال الطرف الآخر فالإتيان بكلمه التثنيه ليس له موضوعيّه أصلا كما هو واضح.

الثانى ما ذكره بعضهم من أن ما يكون غايه للحكم الشرعى

لا يمكن أن يكون مستحيلا بل لا بدّ و أن يكون أمرا ممكنا و من الواضح أنّ التفرّق الذى غايه لثبوت الخيار للمتبايعين مستحيل فى شخص واحد فلا يكون غايه لثبوت خيار المجلس له فيرتفع الخيار فى حقه نعم قد يكون الغايه المستحيله غايه لحكم مستحيل كقوله تعالى حَتّٰى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيٰاطِ، و كقولك لا تقدر على الحركه و سكون معا حتى يجتمع النقيضان و هذا هو الظاهر من كلام المصنف.

و فيه حلا و نقضا اما النقض فبما ذكره السيّد قدس سرّه من فرض المتبايعين متلاصقين فإنه مع كونهما شخصين يستحيل انفكاك أحدهما عن الآخر فلازم الاشكال المذكور أن لا يثبت الخيار لهما أيضا مع انه بديهى البطلان بل لازم ذلك عدم ثبوت الخيار لشخصين مع استحاله الافتراق بينهما عاده كما إذا كانا فى السجن الذى لا يخرجان منه عاده.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۷

و ثانيا بالحل و هو أن الحكم الشرعى و ان لم يكن مغيى بغايه مستحيله و لكن لا شبهه فى جواز كونه مغيى بغايه ممكنه و لكن بعض أفرادها ممتنعه كما مثلناه كما إذا فرضنا أن الشارع حكم بحرمه أكل المتنجس أو لبسه حتى يغسل فان تلك الغايه ممكنه فى نفسها و لكن قد تكون مستحيله لاستحاله الغسل فى بعض المواد لزوالها بالغسل و هذا لا يوجب ارتفاع حرمه الأكل أو اللبس عن تلك المورد مثلا.

و هكذا إذا كان ثبوت الحكم للحيوان مغيى بغايه و هى الطيران فان استحالته فى الإنسان لعدم وجود الجناح له لا يوجب رفع الحكم، و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الافتراق الجامع بين المستحيل و الممكن ممكن و لكن قد استحال

ذلـک فی بعض أفراد البـائع و المشتری و هو مـا إذا کانـا المتصـدی للبیع و الشـراء شـخص واحـد الا ـ انه لا ـ یوجب رفع الحکم الشرعی أعنی الخیار و المجلس الثابت للمتبایعین و البیّعین.

الوجه الثالث أن الغایه التی عباره عن الافتراق غیر متحقق فی الشخص الواحد

لا من جهه ما تقدم من عدم جواز کون الحکم الشـرعی مغیی بغایه مسـتحیله بل من جهه إباء ماده الافتراق عن ذلک و توضـیح ذلک أن الروایات الوارده فی إثبات خیار المجلس علی طائفتین الأولی ما کان مقیـدا بقیـد عدمی کقوله (ع) البیّعان بالخیار بما لم یفترقـا و الثـانیه مـا کـان مغیی بغـایه و هو قوله (ع) البیعـان بالخیـار حتی یفترقـا کما أشـرنا إلی هاتین الطائفتین فی مطاوی ما ذکرناه و لا فرق بین هاتین الطائفتین فإن قوله (ع) حتی یفترقا أیضا راجع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۹۸

الی القید العدمی من حیث المفهوم فان مفهوم حتی یفترقا ان عدم الافتراق شـرط فی ثبوت الخیار فتکون کلتا الطائفتین ناظرتین الی اشتراط الموضوع بعـدم الافتراق و قهرا یکون الحکم أیضا مقیـدا بذلک ثمّ انّ التقابل بین الافتراق و عدم الافتراق و ان کان هو الإیجـاب و السـلب کما هو الشأن فی کل عـدم مضاف إلی شـی ء و بـدله و لیسا هما کتقابل الافتراق و الاجتماع فإنّهما انّما یکونان فی موضوع قابل فیکون التقابل بینهما هو العدم و الملکه فالتقابل المسـتفاد من الاخبار الواقع بین الافتراق و عدمه فیکون من تقابـل السـلب و الإیجـاب، و لکن المتفـاهم من القضـیه السـالبه بحسب العرف هو أن الانتفـاء انّما هو بحسب المحمول و ان کانت صادقه فی نظر العقل بانتفاء الموضوع أیضا فإنه إذا قیل انّ فلانا لیس بوسیع الدار أو لیست زوجته جمیله أو لیس

لـه ابـن يفهم أهـل العرف أن له دار غير وسـيعه و أن له زوجه غير جميله و أن له زوجه و ليس له ابن لاـ انه ليس له هـذا الأـمور أصلا و ان كان ذلك أيضا صادقا و عليه فيكون التقابل بين الافتراق و مقابله من العدم و الملكه.

و على هـذا فكلمه عدم الافتراق انّما تحقّق و تصدق فى مورد يكون قابلا للافتراق و لكن لم يتحقق الافتراق لكى يكون السّـلب بانتفـاء المحمول كمـا هو مقتض الفهم العرفى حينئـذ فيكون السـلب مساوقا لثبوت الخيار للمتبايعين مع عـدم التفرق فى موضوع قابل للتفرق و لو عممنا السـلب الى السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صوره السلب بانتفاء الموضوع لثبت الخيار بمقتضى الاخبار فى صوره السلب بانتفاء الموضوع أيضا بحيث يكون التقابل ح بين الافتراق و عدمه هو التقابل فى السلب و الإيجاب و لكن قلنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۹۹

هو خلاف المتفاهم العرفى من القضيه السالبه.

و اذن فمحـط الروايـات و موضـعها هو مـا كان الافتراق فيه ممكنا مع حفظ الموضوع بحيث يكون الموضوع قابلا له حتى يكون الخيـار مع عـدم الاـفتراق ثابتـا للمتبـايعين فتكون النتيجه ح أن الخيار غير ثابت فى صوره اتحاد البائع و المشترى إذ ليس المورد قابلا لتفرق فيكون المورد من باب السـلب بانتفاء الموضوع و قد عرفت أنه بعيد عن المتعارف فلا يكون مشـمولا للاخبار نعم لو عممنا مورد الاخبار للسلب بانتفاء الموضوع أيضا لكانت شامله لما نحن فيه أيضا.

و الحاصل أن مورد الاخبار ما يكون التقابل بين الافتراق و عدمه تقابل العدم و الملكه بحيث يكون المتبايعين قابلين لذلك و ما نحن فيه من قبيل السلب و

الإيجاب و إذا عممنا الاخبار الى السلب بانتفاء الموضوع أيضا فيكون المقام مشمولا لهما و لكنه خلاف متفاهم العرف و من هنا ظهر الجواب عن نقض السيّد ره فان الشخصين المتلاصقين و ان كانا غير متفرقين و مستحيل افتراقهما و لكن عدم افتراقهما من قبيل العدم و الملكه لكونها بحسب نوعهما قابلين للافتراق و ان كانا لا يقبلان ذلك بحسب التصادف فيكون الخيار ثابتا لهما لكون الأخبار شامله لهما كما عرفت.

نعم لو كان الغرض من ثبوت الخيار للمتبايعين هو التروى حتى يلاحظ كل منهما صلاح نفسه بحيث يكون ذلك هو الحكمه فى جعل خيار المجلس لكان لثبوته لشخص واحد إذا كان وكيلا من الجانبين وجه وجيه و لكن لا دليل على هذا الحكمه و قد تقدم الكلام فيه و لا يمكن رفع اليد بها عن عموم الأدله و إطلاقاتها الداله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۰

على صحه العقود و الإيقاعات فإن مثل ذلك من الوجوه الاستحسانيه التى لا يمكن الاعتماد عليهما.

(مسأله فى استثناء بعض اشخاص المبيع عن ثبوت خيار المجلس).

اشاره

قوله مسأله قد يستثنى بعض اشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

أقول

منها من ينعتق على أحد المتبايعين

اشاره

فان المشهور ذهبوا الى سقوط خيار المجلس فى ذلك بل الظاهر من كلام بعضهم انه موضع وفاق و قد استدل عليه بوجوه

الأول أن البيع و الشراء المتعلقين بالعمودين ليسا من البيع و الشّراء الحقيقيين

بل هما فى الحقيقه عتق فيكون البيع من البائع إيجادا للعتق بصيغه البيع مع الضمان من المشترى و عليه فلا يترتب عليه أحكام البيع أصلا و هذا الوجه هو محتمل كلام المصنف حيث عبّر عنه بالملك التقدير و الملك الفرضى فإن الظاهر من ذلك أن ما يوجب حصول الملكيه أعنى البيع منتف.

و فيه أنه لا وجه للالتزام به و انّه خلاف البداهه فإنّه لما ذا يترتب العتق على قصد المتبايعين الملكيه خصوصا إذا كانا جاهلين بالحكم أو بالموضوع فبأى دليل يحكم بترتب العتق على البيع فإنه و ان كان ممكنا و لكنه لا دليل عليه فإنّه لو ترتب العتق على البيع يلزم أن يقع ما لم يقصد و لم يقع ما قصد نعم لو قام الدليل عليه لما كان به بأس كما هو كك فى المعاطاه كما تقدم

فإنک قد عرفت ان مقتضی الجمع بین الأدله هو الحکم بالإباحه الشرعیه علی ما ذهب الیه بعضهم.

الوجه الثانی ما ذکره المصنف فی آخر کلامه

و حاصله أن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۱

سقوط الخیار بالتصرف الشامل للإتلاف معللا فی أخباره بأنه رضا منه یقتضی بالفحوی و الأولویه علی عدم ثبوته فی المقام لان بیع من ینعتق علی المشتری إتلاف له من البائع و المشتری له فإذا کان الإتلاف رافعا للخیار بعد ثبوته فبالأخری أن یکون دافعا له.

و یرد علیه أولا ما اعترف به المصنف قبل کلامه هذا من اختصاص ذلک بصوره العلم منهما و لا یجری ذلک فی فرض الجهل منهما علی الحکم و الکبری أو الجهل بالصغری و الموضوع.

و ثانیا أن لازم ذلک هو سقوط الخیار من المشتری فإنه أتلف المبیع و أما البائع فلا وجه لسقوط خیاره و اقدامه علی البیع

فى صوره العلم ليس اقداما على التلف عنه بل إقدام على التلف عن المشترى.

و ثالثا أنّ ما سيأتى الكلام فيه من كون التلف بل أدنى التّصرّف مسقط للخيار انما هو بعد تماميه البيع و النقل و الانتقال لا التلف الذى يلزم من قبل القبول فإنه لا دليل على كونه مسقطا للخيار بل هو مقوم للبيع الذى موضوع الخيار فإنه لا يتقوم بدون القبول.

و بعباره اخرى انّ التلف بل التصرف و لو كان قليلا و ان كان يوجب سقوط الخيار و لكنه واقع بعد تحقق البيع و حصوله النقل و الانتقال و اما التصرّف الحاصل بإيجاد أحد ركنى البيع كما يتحقق هنا بالقبول فلا يوجب سقوط الخيار و عليه فإذا فسخ كل من البائع أو المشترى العقد فيردّ بدل العين التى فى حكم التالف كما هو واضح.

الوجه الثالث أن فى شراء العمودين و ان كان يحصل النقل و لا انتقال حقيقه الا أنّه آنىّ فلا يقبل الّا العتق

فلا يقبل المورد تعلّق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۲

الفسخ و الردّ به فان الحر لا يصير عبدا و على هذا فأدله الخيار تكون منصرفه عن المقام.

و بعباره أخرى أن منصرف أدله الخيار صوره بقاء العوضين فإذا تلف أحدهما أو كلاهما تلفا حقيقيا أو تلفا حكميا و شرعيا كالانتقال الى الغير بالبيع و نحوه أو كالعتق كما فى المقام خرج المورد عن منصرف الأدله.

و الحاصل أن المستفاد من دليل الخيار تقوم حق الخيار بقيام العوضين امّا بتعلق الحق بهما ابتداء أو كان الحق قائما بالعقد و لكن ذلك لغرض استرجاع العوضين فلا يكون حيث لا يكونا العوضان قائمين.

و فيه أن متعلق الفسخ هو العقد كما تقدم بيانه سابقا دون العين كما هو كك فى المعاطاه حيث انّ معنى تزلزل العقد هو جواز تراد العينين و على هذا فيجوز

اعمال الخيار حتى بعد تلف أحد العوضين أو كليهما بحيث لا يكون مستندا الى تصرف أحدهما و عليه فان كانت العين باقيه فتسترجع العين و الّا فبدلها و دعوى انصراف الأدله الداله على ثبوت الخيار إلى صوره بقاء العين دعوى جزافيه فإنه لا منشأ له بوجه و ان كانت نتيجه فسخ العقد أيضا هو استرجاع العين.

الوجه الرابع أن معنى الفسخ هو فرض كون العين تالفه فى ملك البائع فى فرض التلف

بأن يفرض أن المبيع لم يكن منتقلا إلى المشترى أصلا لأن الفسخ يجعل العقد كأن لم يكن و كان التصرف وقع فى ملك البائع و فرض العقد كأن لم يكن مثلا إذا اشترى أحد من البائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۳

خبزا فأكله ثمّ فسخ العقد فمعناه أن الأكل قد وقع فى ملك البائع و عليه فلا يجرى ذلك فى شراء الشخص عموديه فإنّه بمجرّد الاشتراء ينعتق عليه بعد حصول الملكيه له آنا ما و إذا انعتق فلا يمكن أن يفرض بالفسخ كون العتق واقعا فى ملك البائع فإن العبد ليس من عمودى البائع حتى ينعتق عليه بل هو من عمودى المشترى فلا يعقل جريان الفسخ هنا أصلا فلا يجرى خيار المجلس فى شراء الشخص عموديه كما هو واضح.

و بالجمله حيث لا يمكن فرض كون العتق فى ملك البائع لعدم كون العبد أبا له مثلا فلا يمكن فرض الفسخ هنا لعدم تحقق معناه الذى كان عباره عن فرض كون التلف فى ملك البائع و إذا لم يجر معنى الفسخ هنا فلا يجرى فيه الخيار أيضا.

و فيه أولا أن لا داعى لهذا الفرض فإنه التزام به بلا ملزم و شعر بلا ضروره فلما ذا نفرض كون الفسخ هو فرض تلف المبيع فى ملك البائع كما لا يخفى.

و ثانيا لازم

ذلـک عـدم الخیـار فی صوره التلف الحکمی بأن یبیع المشتری ما اشتراه من البائع الی الثالث فإنه لا یمکن هنا أیضا فرض کون البیع فی ملـک البـائع فـإنه مضافـا الی أنه لا بیع إلّا فی ملک لانه وقع فی ملک المشتری أن لازم ذلک رجوع الثمن إلی البائع و لیس ککک قطعا فإنّه مال للمشتری فلا مساس له بالبائع کما هو واضـح و أما فی صوره التلف الحقیقی فلا یجری النقض لا مکان فرض کون التلف فی ملک البائع فلا یقاس بالتلف الحکمی مثل البیع و نحوه.

الوجه الخامس ما ذکره صاحب المقابیس

و حاصله أن ثبوت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۴

الخیار لمن انتقل عنه مبنی علی أن الخیار و الانعتاق هل یحصلان بمجرّد البیع أو بعد ثبوت الملک أنا ما أو أن الخیار مبنی علی البیع و الانعتـاق مبنی علی ثبوت الملـک أو العکس فعلی القول بحصول الخیـار و الانعتاق بمجرّد البیع أو القول بحصول الملک أو القول بکون الخیار مبنیا علی الملک و الانعتاق علی البیع فیقوی القول بعدم الخیار و الوجه فیه أن أخبار العتق النص فی مفاده و القول بالرجوع إلی القیمه بعد اعمال الخیار فاسد فإن القیمه بدل للعین فیمتنع استحقاقها من دون المبدل و لان حق العتق سابق لتعلقه قبل تعلّق الخیار فیکون مقدما.

ثمّ قرب ثبوت الخیـار علی الوجه الأـخیر جمعـا بین الحقین و دفعـا للمنافـاه من البین و عملاـ بکلا النصـین و الإجماع علی عـدم إمکان زوال یـد البائع عن العوضـین و تنزیلا للفسـخ منزله الأرش مع ظهور عیب فی أحدهما و العتق بمنزله تلف العین فکما أنه مع ظهور العیب فی أحدهما یؤخذ الأرش و فی هنا یؤخذ البدل إذ لا

يمكن عود الحر عبدا ثم وجه ثبوت الخيار بأنه يثبت بمجرّد العقد و أن العقد عله له كما أن الملك عله للعتق فلمكان عدم الانفكاك بين العله و- المعلول فيتعين القول بثبوت الخيار بمجرد البيع كما هو واضح.

و فيه أنه لا- يترتب ثمر على هذا التشقيق بوجه و لا- طائل تحته أصلا فإنه ان كان المراد من تقدم الخيار على العتق هو التقدّم الطبعى فلا فائده فيه.

و ان كان المراد به هو التقدم الزمانى فهو خارج عن المقام أما الأول فتوضيح ذلك ان كان البيع متقدما رتبه على الملك و كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۵

الخيار أيضا مترتبا على البيع فيكون مقدما على الانعتاق رتبه لان الفرض أن الانعتاق انّما ترتب على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و ان كان الملك متقدما على البيع رتبه و ترتب الخيار على الملك و الانعتاق على البيع كان الخيار أيضا متقدما على الانعتاق و ان كان العكس فالانعتاق مقدّم على الخيار رتبه.

و بعباره أخرى قد يكون الخيار مقدما على الانعتاق رتبه و قد يكون الانعتاق مقدما على الخيار رتبه و على كل حال سواء كان الخيار مقدما على الانعتاق أو الانعتاق مقدما على الخيار فلا- يترتب عليه ثمر أصلا لأنا ذكرنا مرارا فى كثير من الأبحاث أن المدار فى اجتماع الحكمين و عدمه و تقدم أحدهما على الآخر و بالعكس هو ملاحظه الاتحاد فى الزمان فبمجرد الاختلاف بحسب الرتبه لا يفيدنا بوجه و من الواضح سواء قلنا بتقدم الخيار على الانعتاق رتبه أو بالعكس و على كل حال فموضوع كليهما اعنى البيع و الانعتاق انّما تحققا فى

زمـان واحـد فيترتب عليهمـا بالخيار و الانعتاق أيضا فى زمان واحـد و ان كان ترتب أحـد الحكمين مقـدما على الآخر من حيث الرّتبه لتقدم موضوع أحدهما على الآخر ككك.

و أمـا على الثـانى بأن يكون موضوع أحـد الحكمين مقـدما على الآخر من حيث الزمان فيكون أحـد الحكمين أيضا مقـدما على الآخر من حيث الزمان كما إذا فرضنا فى مورد قد حصل البيع و لم يحصل الملك بعد كما فى بيع السلم فان البيع قد حصل عند إجراء الصـيغه و لكن الملكيه مشروطه بالقبض و عليه فان قلنا بكون الانعتاق مترتبا على البيع و الخيار مترتبا على الملك فبمجرد تحقق البيع يترتب الانعتاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۶

على البيع كما إذا كان الثمن عبـدا فإنه ينعتق على البائع الـذى هو ابنه و عليه فلا يبقى موضوع للخيار أصـلا فإنه كان مترتبا على الملكيه و هى لم تحصـل بعـد و لكن هـذا مجرد فرض فـإنه لاـ دليـل على الانعتاق بمجرد البيع كما هو واضـح و ان كان الخيار مترتبا على البيع و كان العتق مترتبا على الملك كما هو ككك فـح لو فسـخ ذى الخيار العقـد فإنه لا يبقى موضوع للانعتاق و هذا الفرض صـحيح و لكن كلام صاحب المقابس فى البيع المتعارف لا فى البيع السـلم و قـد ذكرناه من انّ الفرض خارج عن مورد كلامه على ان مفروض الكلاـم هو اجتمـاع الخيـار و الانعتاق فى محلّ واحـد و ملاحظه دليلهما و تقـدم أحـدهما على الآخر لا نصـيه و فى المقـام لم يجتمعـا فى آن واحـد بـل كان الخيار مقـدما على العتق موضوعا و كان ثبوته أيضا مقـدما عليه فإعماله لا يبقى مجالا للعتق فضلا

عن الاجتماع و على كل حال لم نتحصل من كلامه و تشقيقه ما يفيدنا بوجه أصلا و على الجمله لم نعرف وجها صحيحا و فائده لما تشقه و قسمه الى شقوق و أقسام و الحق أنه لا وجه لسقوط الخيار هنا لما ذكرناه من تعلق الفسخ بالعقد دون العين كما اعترف به صاحب المقابيس أخيرا فيكون ذلك مثل الأرش.

قوله و منها العبد المسلم المشترى من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر المسلم اختيارا

أقول من جمله الموارد التى ذكر عدم ثبوت الخيار فيها هو بيع العبد المسلم من الكافر جبرا فإنه لا خيار للبائع و ح و الّا يلزم أن يكون مثل الأوّل، و قد يقال فى وجه ذلك أن هذا ليس ببيع أصلا بل هو صوره بيع نظير الوجه الأوّل الذى تقدم فى بيع العبد ممّن ينعتق عليه فكأن هذا شى ء لاستخلاص

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۷

العبد المسلم من الكافر و إعطاء ثمنه إياه من أى شى ء كان من بيت المال و نحوه.

و الحاصل أن خيار المجلس انّما ثبت فى البيع للمتبايعين فبيع العبد المسلم من الكافر ليس بيعا لكى يثبت فيه الخيار بل هو استنقاذ له من الكافر و إعطاء بدله إياه بأى نحو كان فلا يثبت ح خيار المجلس كما هو واضح كما أن فى المسأله الأولى كان بيع العبد ممّن ينعتق عليه صوره بيع لكونه فى المواقع إنشاء لصيغه العتق كما لا يخفى.

هذا و ان كان ممكنا و لكنّه خلاف ظواهر الأدله فإن قوله (ع) فى عبد المسلم عند مولاه الكافر قال بيع ممّن ينعتق عليه أن الظاهر منه أنه يباع عليه حقيقه لا أنه يستنقذ منه و يعطى عليه قيمته كما توهم.

و قد يقال بأنّ ثبوت

الخيار للبائع الكافر إثبات سبيل له على المؤمن و هو منفيّ بنصّ الآيه الشريفه هنا فلا يثبت خيار المجلس فى مثل هذا البيع.

و لكنك قد عرفت فى شرائط العوضين من الآيه لا دلاله فيها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم فان مجرد التملك ليس سبيلا- و انّما السبيل هو بقاء العبد تحت سلطنه الكافر و أما إذا ملكه ثم اجبر بالبيع فلا سبيل فيه و على تقدير دلالتها على عدم جواز تملك الكافر العبد المسلم انّما هو فى الملك الابتدائى بأن يشترى عبدا مسلما من شخص و أمّا الملك الاستمرارى فلا يكون مشمولا للآيه بأن يبيع ما عنده من العبد ثمّ يرجعه الى ملكه بالفسخ و هذا و ان كان نحوا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۸

من التملك و لكنه ليس مشمولا للآيه و ذلك فقد عرفت مرارا أن الفسخ انما يتعلق بالعقد و يرفع الالتزام الحاصل من المتبايعين و يترتب عليه استرداد العين ان كانت باقيه و ردّ البدل ان كانت العين تالفه و عليه فرد العين الى ملكه ليس تملكا جديدا كالتملّك الابتدائى بل هى مملوكه للمولى بعين الملكيه السابقه غايه الأمر قد كانت منقطعه بالبيع و ممنوعا عنه به و قد ارتفع المانع بالفسخ و رجع الى حاله الاولى و صار أيضا مملوكا لمولاه بالملكيه الأوليه كما هو واضح و من هنا قال الشافعى أن الزائل العائد كأنه لم يزل و ما ذكروه موافق للاعتبار و ان لم يكن عليه دليل و على هذا فلا مانع من ثبوت الخيار هنا فإذا أعمل الكافر خياره و فسخ العقد و أرجع العبد الى ملكه ثم يجبر على البيع أيضا و على الجمله

لا نعرف وجها لسقوط الخيار هنا فلا يكون هذا المورد من المستثنيات كما لا يخفى لإطلاق أدله الخيارات.

و قد يقال أن رجوع العين بالفسخ الى ملك الكافر ثانيا أيضا مثل التملك الابتدائى فيكون سبيلا للكافر على المؤمن فلا يجوز فلا يرجع العبد المسلم الذى بيع على الكافر اليه ثانيا بالفسخ أيضا. و قد ظهر جوابه ممّا تقدم فان الفسخ ليس من المملّكات ليكون إرجاع العين به تملكا جديدا بل هو يرفع المانع عن استمرار الملك الأول.

و على تقدير صحه هذا الوجه مع القول بثبوت الخيار للكافر أيضا كما هو مقتضى الوجه الأول لإطلاق أدله خيار المجلس فلا بدّ من الالتزام بثبوت الخيار و عدم رجوع العبد الى ملك الكافر ثانيا بل يرجع اليه بدله و الحاصل أن ضم الوجه الثانى بالوجه الأول ينتج ان الكافر البائع له الخيار و لكن لا يرتب على فسخه إرجاع العين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۰۹

أعنى العبد بل إرجاع بدله. و الحق أن هذا أيضا ليس من المستثنيات كالمورد السابق بل أدله خيار المجلس فى كلا الموردين محكمه.

و على الجمله فإنّا نقول بعدم ثبوت الخيار أصلا فهو مناف لأدله الخيار أو نقول بثبوته و لكن لا يترتب على اعماله إلا رد البدل فقط حفظا لكلا الوجهين و جمعا بينهما فان الفسخ لم يتعلّق بردّ العين حتى لا يمكن الجمع بين الوجهين بل تعلق بالعقد و هو فى الحقيقه يرفع الالتزام العقدى كما لا يخفى.

قوله و منها شراء العبد نفسه بناء على جوازه

فانّ الظّاهر عدم الخيار فيه أقول قد ذكروا من جمله موارد سقوط خيار المجلس شراء العبد نفسه من سيّده فإنّه بناء على جوازه كما هو الظّاهر لا يثبت له الخيار لعدم شمول أدله الخيار

له.

و الوجه فی ذلک الفارق بین هذا و بین بیع العبد علی من ینعتق علیه هو أن المانع هناک انما هو الشرع فإن الإنسان لا یملک عمودیه شرعا و لذا یملک آن ما لتصحیح موضوع العتق ثمّ ینعتق علیه بحیث لو لم یکن هنا مانع شرعی لملکه دائما و لکن لمانع شرعی ینعتق علی المشتری الّا أنه ینعقد البیع و لا یمنع ذلک عن انعقاده و بقانون حکم المعاوضات إذا اعمل البائع الخیار فیرجع الی البدل کما أنه لو کان فیه عیب فیرجع المشتری الی الأرش و هذا بخلاف ما نحن فیه فان المانع هنا عقلی بداهه أن المولی انّما هو مالک للعبد بالإضافه الاعتباریه کملکه لبقیه أمواله ملکیّه اعتباریه و إذا ارتفع هذا الاعتبار فیکون العبد مالکا لنفسه و کذا لجمیع أفعاله و أعماله ملکیّه ذاتیّه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۰

بحیث لا یکون لأحد التسلط علیه و هذا عین الحریه و لیس شیئا آخر ورائه و مع هذا لا معنی لاعتبار ملکیّته علی نفسه لکونه لغوا محضا کما أن اعتبار الملکیّه لکل أحد علی نفسه أو علی أعماله و ذممه لغو لوجود إضافه الملکیه فی جمیع ذلک ملکیه ذاتیّه و السلطنه الحقیقیه من غیر أن تقارنها سلطنه اعتباریه أصلا و هذه السلطنه هی الّتی أشار إلیها عزّ من قائل لٰا أَمْلِکُ إِلّٰا نَفْسِی وَ أَخِی و علیه فلا معنی فی هذه الصوره شراء العبد نفسه بل هو صوره بیع و انّما حقیقته العتق فیکون ذلک نظیر العبد المکاتب فإنه لیس إلا عتقا و إطلاق البیع انّما هو بالمشابهه و المشاکله کما لا یخفی.

بل نظیر ذلک موجود فی هذا الزمان أیضا فإنه إذا

كـان شـخص محكومـا بالأعـدام فى المحكمه الاختصاصـيه و أعطى مالاـ و نجيى عن القتل فإنه يقال انه اشترى نفسه ممّن كان حاكمـا على قتله و كـك المقـام و عليه فلاـ معنى لحصول البيع من الأوّل أبـدا حتى آنا ما فإنه لا يقاس بالمانع الشـرعى فإنه قلنا هناك بحصول الملكيه آنا ما بمقتضى الجميع بين الأدلّه الشرعيّه و هذا بخلاف المقام فان المانع عقلى فهو مانع من الأول.

و الا فلو كانت الملكيه حاصـله آنا ما لم يكن وجه للسـقوط بل كان باقيا إلى الأبد لعدم الدليل عليه و على هذا فليس المقام من المستثنيات حتى موضوعا لعدم كونه بيعا أصلا كما لا يخفى.

أقول الظـاهر أنه لاـ مانع من الالتزام بصـحه البيع هنا فإن الشأن هنا هو الشأن فى أعمال الإنسان و الكلى فى الـذّمه فإنه يصـح أن يشترى و يبيع ما فى ذمته للغير و من الغير غايه الأمر تبدل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۱

الملكيه الاعتبـاريه بالملكيه الحقيقيه لكونه لغوا و اما عـدم جواز بيع نفسه فمن جهه ما دلّ على حرمه بيع الحر فيصـح بيع المولى عبده من نفسه بالملكيه الاعتباريه و بعد الشراء يكون العبد مالكا بالملكيه الذاتيه كما انه مالك لعمله و فعله و ذمته كك.

قوله و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا فى شده الحر ففى الخيار إشكال

أقول قد وجه المصنف بان هذا لعله من جهه احتمال اعتبار قابليه العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار الا انه لا يوجب رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار فإنه لم يؤخـذ فيها كون المبيع قابلا للبقاء و عليه فلا بأس بالحكم لثبوت الخيار بعد التلف أيضا غايه الأمر أنه إذا تحقق الفسخ

فينتقل المبيع الى البدل كما هو قانون المعاوضه و لذا ذكر المحقق الثانى فى جامع المقاصد ان الخيار لا يسقط بالتلف لانه لا يسقط به إذا ثبت قبله على أنه لو كان عدم كون العين قابله للبقاء لزم منه ما لم يلتزم به أحد من المتفقه فضلا عن الفقيه و هو إذا كانت العاده جاريه بعدم بقاء المبيع أزيد من ساعه أو نصف ساعه كالمأكولات و المشروبات بل فى غير ذلك أيضا إذا علم المتبايعان بعدم بقاء المبيع الا زمانا قليلا فإن المشترى بمجرد الشراء يبيعه من غيره كما هو واضح مع أنه لم يلتزم به أحد بل و لا يمكن الالتزام به فلا مناص من القول بثبوت الخيار لإطلاق الأدله و لكن تنتقل العين بعد الفسخ الى البدل.

و قد أشار شيخنا الأستاذ على ثبوت الخيار هنا و حاصله أن خيار المجلس انما يثبت فيما لم يكن بناء المتعاقدين على الاعتراض عن العوضين و مع علمهما بخروج المال عن الماليه بمجرد البيع اما حقيقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۲

أو شرعا فقد أقدما على ذهاب مالهما و من الواضح أن فى بيع العبد ممن ينعتق عليه أو فى شراء العبد نفسه أو فى بيع الجمد فى شده الحر قد علما المتبايعان بأن المبيع تتلف غايه الأمر أن التلف فى الأولين شرعى و فى الأخير مستند الى الحر فالتلف عادى و على كل حال فلا يثبت الخيار فى أمثال ذلك.

و فيه أولا أن أدله الخيار غير مقيده بما ذكر بل هى تدل على ثبوت الخيار على وجه الإطلاق.

و ثانيا أن متعلق الخيار و الفسخ هو العقد فهذا لا يتوقف على البناء على اعراض المتبايعين عن

العوضين و عدم اعراضهما عنهما.

و ثالثا فلازم كلامه عدم ثبوت الخيار فيما جرت العاده بتلف المبيع أو علما بذلك بعد ساعه أو ساعتين كما إذا كان المبيع طعاما كالخبز و نحوه فان من يشترى الخبز فيأكله بعد زمان قليل فالبائع يعلم ذلك و كك أمثاله و لم يتوهم أحد سقوط الخيار هنا كما لا يخفى.

و على كل فلا نعرف وجها صحيحا لما ذكره العلامه (ره) من عدم ثبوت الخيار فى بيع الجمد و نحوه.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۶، ص: ۱۱۲

قوله مسأله لا يثبت خيار المجلس فى شى ء من العقود سوى البيع عند علمائنا

اشاره

أقول لا شبهه أن مورد خيار المجلس انما هو البيع لاختصاص الأدله به فلا يجرى فى غيره و لكن ذكر الشيخ (ره) فى المبسوط بعد ذكر جمله من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكاله و الوديعه و العاريه و القراض و الجعاله فلا يمنع من دخول الخيار فيها مانع انتهى و مراده من الخيارين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۳

هو خيار المجلس و الشرط و حكى نحوه عن القاضى و لكن لا نعرف وجها لثبوت الخيار هنا و من هنا ذكر العلامه فى التذكره أن الخيار فى أمثال هذه العقود أبدى، و احتمل فى الدروس من أن يراد من الخيار هنا عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعا للقابل فى هذا العقود كما ذكره المصنف لا الموجب إذ لا معن لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك عن التصرف فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار.

و الذى ينبغى أن يقال ان غير البيع من العقود لا يخلو اما لازمه أو جائزه

أما الاولى

ان كان لثبوت الخيار فيها معنى وجيه فإنها عقود لازمه فليس لأحد المتعاملين فسخها فإذا ثبت الخيار لهما يتمكن كل منهما من

الفسخ و لكنه الدليل فى مقام الإثبات قاصر فإن دليل ثبوت خيار المجلس هو المطلقات الداله على أن البيعين أو المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا أو حتى يفترقا و من الواضح أن هذه الأدله مختصه بالبيع فلا تشمل غيره.

و أما العقود الجائزه

فهى جائزه بطبعها كما ذكره العلامه فلا وجه لثبوت الجواز فيها ثانيا فجعل الخيار فيها لغو محض فإنه مضافا الى أنها فى مقام الإثبات لا دليل عليه لما عرفت من اختصاص الأدله بالبيع ففى مقام الثبوت أيضا غير معقول فإنه بعد كون الشى ء جائزا بطبعه و ذاته لا معن لثبوت الخيار له ثانيا فإنه لغو محض و دعوى أن الثابت بالعرض هو الحق و الثابت بالذات دعوى جزافيه فإنه سواء كان هنا أمر عرضى يكون من قبيل الحق أم لا فان الواهب له

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۴

أن يفسخ العقد و له الإبقاء ففى هذه الجهه لا ثمره و اما من جهه إسقاط الخيار و حق الفسخ فهو لا يسقط و لو أسقطه ألف مره و معه أى فائده فى ثبوت الخيار و بالجمله انا لا نعقل بمعنى لثبوت الخيار فى العقود الجائزه لأنه لا دليل عليه فى مقام الإثبات.

و أما ما ذكره فى المبسوط فاما نحمله على ما ذكره المصنف (ره) من اشتراطها فى ضمن معامله فإنها ح تكون لازمه و لكن إذا فسخ أصل المعامله بخيار المجلس مثلا كالبيع أو بخيار الشرط كمطلق العقود اللازمه التى اشترط فيها لزوم عقد جائز فتكون تلك العقود الجائزه التى الشرط لزومها فيها أيضا

جائزه أی ترجع الی الحال الاولیه.

و أما نقول لا نفهم معن کلامه و اما یحمل علی سهو القلم.

(مبدء هذا الخیار من حین العقد).

اشاره

قوله مسأله مبدء هذا الخیار من حین العقد

أقول وقع الکلام فی أن خیار المجلس مختص ببعض افراد البیع أو یجری فی جمیعها فعلی القول بوجوب التقابض فی الصرف فلجریان الخیار فائده واضحه و علی القول بالعدم فالظاهر أنه لا ثمره للخیار و من هنا

فلا بد من التکلم فی المقامین

اشاره

الأول فی وجوب التقابض فی الصرف و الثانی فی ثبوت الخیار و عدمه.

أما المقام الأول [فی وجوب التقابض فی الصرف]

فقد استدل علیه بوجوه الأول بقوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بدعوی أن الوفاء بالعقد واجب فعدم الإقباض مخالف للوفاء بالعقد فیجب الإقباض لذلک و هذا هو العمده فی المقام.

و فیه أولا قد ذکرنا سابقا أن معنی الوفاء هو الإنهاء و الإتمام

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۵

فالأمر بذلک إرشاد الی أن هذا الالتزام الحاصل بین المتبایعین لا ینحد و لا ینعدم فیدل علی اللزوم بالمطابقه کما تقدم فلا دلاله فیه علی الوجوب التکلیفی حتی یدل علی وجوب المتقابض تکلیفا.

و بعباره اخری أن وجوب التقابض علی القول به وجوب تکلیفی فالایه الشریفه إرشاد إلی لزوم العقد فلا تدل علی ذلک.

و ثانیا: علی القول بکون وجوب الوفاء تکلیفا و لکنه انما یفید إذا ترتب علیه أثر فأی أثر یترتب علی بیع الصرف و السلم قبل التقابض فإن أثر البیع هو الملکیه و هی بعد لم تحصل و علی هذا فبیع الصرف و السلم خارجان عن حدود وجوب الوفاء تکلیفا و علیه فلا یدل علی وجوب التقابض کما لا یخفی.

و ثالثا: على القول بترتب الأثر أيضا فالعقد هنا لم يتم فإنه انما يتم إذا كان موجبا لحصول الملكيه و من الواضح أنه موقوف على التقابض و هو بعد لم يحصل فلا يكون العقد حاصلا.

و بعباره أخرى العقد هو الالتزام الحاصل من الطرفين بان التزم كل منهما بأن يكون ماله للآخر فى مقابل مال الآخر و هذا المعنى بعد لم يحصل فكيف يكون هذا واجب الوفاء كما لا يخفى.

و اما وجوب التقابض فى بقيه فليس من جهه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل من جهه حرمه التصرف فى مال

غيره بدون اذنه فان كل من العوضين صار مالا للآخر فلا بد من دفعه الى صاحبه و أما فى بيع الصرف و السلم فليس ككك.

الوجه الثانى ما ذكره العلامه من أو وجوب التقابض فى الصرف و السلم من جهه شباهه ذلك بالربا

فإنه مع التأخير يكون

الأجل أيضا قسطا من الثمن فيكون زائدا على الثمن تقريبا فيشبه الربا.

و فيه أن هـذا الوجه عجيب من العلامـه بـل هو شبيه بالوجوه التى تـذكر فى كتب العامه فإنه يرد عليه أولا: أن الـدليل أخص من المدعى حيث ان ذلك لو تم انما يتم فيما إذا كان العوضين كلاهما من جنس واحد و أما لو كان أحدهما ذهبا و الأخر فضه فلا يلزم ذلك.

و ثانيا أيضا ذلك أى كون الـدليل أخص من المـدعى أن هـذا انما يتم فى الطرف الـذى لم يقبض بعـد لا من الطرفين حتى من طرف من أقبضه كما لا يخفى.

و ثالثـا: أن الشبيه بالربـا ليس بحرام مـا لم يكن بنفسه ربـا و الاـ يلزم أن يكون كـل ما يكون شبيها بالحرام حراما فالخمر حرام و لكن للشبيه بـالخمر ليس بحرام و الزنـا حرام و الشبيه بالزنـا ليس بحرام و هكـذا فـان دليل الحرمه لا يـدل الا على حرمه الشـى ء بنفسه لا على حرمه مشابهاته.

الوجه الثالث الاخبار الوارد فى بيع الصرف و السلم

الظاهره فى وجوب التقابض فى المجلس كقوله عليه السـلام «۱» و ان نزى حائطا فانز معه و كـذلك غيره من الاخبار كقوله (ع) يـدا بيـد، فيعلم من ذلك أن التقابض فى المجلس واجب و الا لم يقل عليه السـلام فان نزى حائطا فانز معه فكأن وجوب تعقيب أحدهما الأخر من جهه التقابض

---

(۱) وسائل ج ۱۲ ص ۴۵۹.

لا من جهه وجوب النزو فى نفسه.

و فبه أن الأـمر بـالنز و إرشـاد إلى اعتبار الاجتماع فى المجلس و أنه يبطل العقـد بـدونه قبل القبض و الا لكان النزو على الحائط واجبا مع أنه

لم یتوهم أحد ذلک فیعلم أن ذلک إرشاد إلی انحلال العقد بالتفرق قبل التقابض و أن من یرید بقاء العقد و عدم بطلانه فلا بد و أن یصاحب رفیقه حتی لو نزی هو علی الحائط فینزو صاحبه علیه أیضا فیدل الحدیث علی مبطلیه التفرق قبل القبض.

و أما المقام الثانی أعنی ثبوت الخیار فی بیع الصرف و السلم

اشاره

فیقع الکلام هنا أیضا فی مقامین الأول فی مقام الثبوت و الثانی فی مقام الإثبات

أما المقام الأول [فی مقام الثبوت]

فقد ذکر المصنف أنه بناء علی القول بوجوب التقابض فی المجلس تکلیفا فأثر الخیار واضح فإنه بعد اعمال الخیار لا یبقی مجال لوجوب التقابض فإنه لا یبقی مجال لذلک.

و أما علی القول بعدم وجوب التقابض فی المجلس فأثر الخیار و ان کان خفیا لأن سلطنه کل من المتعاقدین باقیه علی حالها و أنه لا حق لأحدهما فی مال الآخر و لکن مع ذلک یمکن تصویر الفائده و الأثر للخیار بان یکون أثره خروج العقد بفسخ ذی الخیار عن قابلیه لحوق القبض الملک فلو فرض اشتراط سقوط الخیار فی العقد أو أسقطه بنفسه لم یخرج العقد بفسخ المشروط علیه عن ذلک.

و علی الجمله فأثره الخیار بناء علی وجوب التقابض هو فسخ العقد و عدم بقاء الموضوع لوجوب التقابض و علی القول بعدم وجوب التقابض هو إخراج العقد عن قابلیه لحوق التقابض المملک کما هو واضح و علی القول بوجوب التقابض فهو واضح

و أما فی مقام الإثبات

فقد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۸

یتوهم شمول الأدله الوارده فی باب خیار المجلس و خیار الحیوان الداله علی ثبوت خیار المجلس للبیع و المتبایع لما نحن فیه و من الواضح أنه یصدق البیع و المتبایع علی المتبایعین فی الصرف و السلم فلا وجه لاخراجهما عنها.

و فیه أن الموضوع فی تلک الأدله هو المتبایعان أو البیعان و من الواضح انهما لا یصدقان علی المتعاوضین و المتبایعین فی باب الصرف و السلم قبل التقابض لعدم حصول البیع و الشراء و عدم حصول التملیک و التملک فکیف یصدق علیهما عنوان البیعان أو عنوان المتبایعین کما لا یخفی.

علی أن خیار المجلس انما یثبت فی مورد یکون التفرق موجبا للزوم العقد کما هو مذکور فی الروایات

الداله على ثبوت خيار مجلس و من المقطوع به أن التفرق هنا يبطل البيع لكونه قبل القبض كما لا يخفى.

و من هنا اتضح أنه لا يثبت خيار المجلس و كك خيار الحيوان قبل الإجازه للمالكين الحاضرين فى مجلس العقد على الأول و مطلقا على الثانى فإنه ما لم يستند العقد إليهما فلا يصدق عليهما عنوان البائع و لا عنوان المشترى و من الواضح أن استناد العقد انما يكون بالإجازه لا قبلها و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنه على كل حال فاستناد البيع و الشراء إليهما من حين الإجازه فصدق البيع و المتبايع عليهما من زمان الإجازه و ان حصلت الملكيه من حين العقد على الكشف فلا يمكن المساعده على ما ذكره المصنف من الفرق بين الكشف و النقل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۱۹

قوله: القول فى مسقطات الخيار و هى أربعه على ما ذكرها فى التذكره

اشاره

أقول

من جمله مسقطات الخيار المجلس اشتراط سقوطه فى ضمن العقد

اشاره

ذكر المصنف قدس سره أنه لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد و عن الغنيه الإجماع عليه، و قد استدل عليه بوجوه

الأول دعوى الإجماع على ذلك

و فيه قد مر مرارا أن دعوى الإجماع فى مثل هذه المسائل التى نعلم فلا أقل نحتمل أن مدركها جهه كشفه عن قول المعصوم دعوى جزافيه فإن الإجماع ليس بنفسه حجه و انما حجه لكشفه عن قول المعصوم فلا يكشف عنه الا مع القطع به.

الثانى المستفيضه و هى المؤمنون عند شروطهم

اشاره

و قد يقال: انها معارضه بعموم أدله الخيار و يرجح على أدله الخيار بمرجع و لكنه بديهى البطلان فإنه على تقدير تماميه دلاله المستفيضه فيه تكون حاكمه على أدله الخيار لكونها مأخوذه فى موضوعها كحكومه أدله الحرج و الضرر على سائر الأحكام الإلهيه كما ذكره المصنف (ره) فجهه المعارضه و أجاب عنه بان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فيكون فاسدا فان مقتضاه

على مـا هو ظاهر قوله (ع) البيعان بالخيار هو ثبوت الخيار و هـذا الاشتراط مخالف له و فيه أن هـذا شـرط ليس مخالفا لمقتضـى العقـد فان مقتضاه هو حصول الملكيه و ليس هذا مخالفا له بل هو مخالف لثبوت الخيار و من الواضح أن ثبوته من أحكام العقد لا من مقتضياته بل الوجه ليست هى هذه كما لا يخفى.

و لكن الظـاهر أن الروايه لا تـدل على المقصود لا من جهه ما ذكره المصـنف و ذلك هو ما ذكرنا سابقا من أن الظاهر من هـذه الجمله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۰

المباركه هو الحكم التكليفى فإن قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم كقوله (ع) المؤمن عند عدته يعنى أن مقتضى الايمان هو أن يجب للمؤمن أن يفى بما التزمه و بما وعـده و هـذا الاسـتعمال من الاسـتعمالات المتعارفه أيضا فيقال المرء عنـد كلامه و عند رأيه و هكذا.

و عليه فلا دلاله فى ذلك على المقصود هنا فان اشتراط

سقوط الخيار عند المعامله غير قابل لتعلق الحكم التكليفى به فان اشتراط سقوط الخيار بمعنى أن لا يكون له الخيار فى هذا العقد غير مقدور له بل هو من فعل الله فان الله تعالى جعله ذا خيار و اشتراط عدمه أيضا راجع اليه و ليس من أفعال المتعاملين حتى يقدر على إسقاطه.

و مع الإغماض عن ذلك فهى مخالفه للسنه المعتبره الداله على ثبوت الخيار للمتبايعين فإنه ورد فى ذيل بعض هذه الروايات الا شرطا مخالفا للكتاب و السنه و بيان ذلك أن الشارع قد حكم بثبوت هذا الخيار للمتبايعين و اشتراط عدمه مخالف للسنه و هذا غير اشتراط إسقاط الخيار فإنه من قبيل شرط الفعل و ليس من قبيل شرط النتيجه و فرق بين اشتراط إسقاط الخيار و بين ان لا يكون له خيار أصلا فإن الثانى مخالف للسنه دون الأول.

نعم الظاهر من بعض الروايات أن الامام عليه السلام طبق هذه الجمله المباركه على بعض الشروط التى من قبيل ما ذكر أى أن الاشتراط فيه راجع الى شرط السقوط و عدم الخيار و لو كان ما ذكرناه من الاشكال واردا عليه اى على جمله المؤمنون عند شروطهم لما طبقها الامام على ما ذكره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۱

و ذلک كما فى صحيحه مالک بن عطيه «۱» قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل كان له أب مملوک و كان تحت أبيه جاريه مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لک أن أعينک فى مكاتبتک حتى تؤدى ما يملک بشرط أن لا يكون لک الخيار بعدد ذلک على أبى إذا أنت ملكت نفسک قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على

ان لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال عليه السلام لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم.

فان الظاهر من هـذه الروايه هو اشتراط عدم الخيار مع انه كان ثابتا للأمه بعد ما صارت حره فيعلم من ذلك أن هذا الشـرط ليس مخالفا للسنه و الّا لما طبقها عليه الامام عليه السلام.

و فيه أولا ـ أن مورد الروايه أجنبى عمـا نحن فيه فـان موردهـا هو من قبيل اشتراط سـقوط الخيار ممّا يقتض الخيار فى عقـد ليس مقتضـيا له فـان عقـد المكـاتبه ليست مقتضـيه للخيـار بحيث انه بمجرد ذلـك يحكم بكون الأـمه ذا خيار و انما المقتضـى له هو الحريه الحاصـله بعـد أداء مال الكتابه و من الواضـح أنه لم يلتزم بـذلك أحد فلا بد من الاقتصار بمورد الروايه و من هنا لا وجه لتوهم الأولويه أيضا بـدعوى ان اشتراط سـقوط الخيار فى عقد هو مقتضـى لذلك بطريق أولى فإنه لم يثبت فى الأول الخيار فى جميع الموارد بل فى مورد الروايه فقط فكيف يمكن إثباته فى المقتضى للخيار بطريق الأولويه كما هو واضح.

و ثانيا قد ذكرنا فى أول الخيارات أن اشتهار استعمال كلمه

---

(۱) وسائل ج ۱۶ ص ۹۵ باب ۱۱.

الخيار فى الخيار المصـطلح انما هو من جهه ما جرى عليه اصـطلاح الفقهاء و الا فليس ذلك من معناه اللغوى و لا من مقتضيات الـدليل و قلنـا أن معنى الخيـار لغه هو اختيار الخير لنفسه و أما القـدره على الفسـخ انما هو مسـتفاد من اللام الظاهر فى الملكيه و الاختصاص فيقال له الخيار اى له القدره على الفسخ و الإبقاء بل قلنا أن كلمه الخيار و ما اشتق منها يستعمل فى

هذا المعنى حتى فى هذا اليوم.

و عليه فقوله عليه السلام لا ـ يكون له الخيار المسلمون عند شروطهم هو بمعنى اللغوى أى ليس له اختيار الفسخ فى الخارج بمعنى أنها ملزمه فى شرطها و لا توجد الفسخ الخارجى و لا يكون هذا ح مخالفا للسنه فإنها تدل على ثبوت القدره للمتبايعين على فسخ العقد و إمضائه و هذه القدره باقيه للمتبايعين و للمتعاملين و فى المكاتبه أنه إذا صارت حره فله القدره على فسخ عقد الزوجيه الواقعه بينهما و بين العبد و هذه القدره باقيه على حالها و لكن الامام (ع) طبق جمله المسلمون عند شروطهم على اشتراط عدم الخيار للأمه على الشرط الذى وقع بينهما و بين ابن زوجها من جهه أن تكون الأمه ملزمه بإبقاء العقد و لا تفسخ فى الخارج و لا نختار فيه لنفسها الفسخ بل بقى عقد النكاح على حاله لا أنه بمعنى أن لا يكون لها خيار و قدره على الفسخ ليكون على خلاف السنه فان هذا موافق للظواهر و الاستعمالات فليس فيه ما يوجب خلاف ظهور كلمات المتحاورين كما لا يخفى.

و الشرط انما يكون مخالفا للكتاب و السنه إذا كان مفاده على خلاف الحكم الشرعى الثابت بالكتاب و السنه و نظير ذلك ما سيأتى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۳

فى الشروط من أن الرجل يتزوج على امرأه و تشترط الإمره عليه أن لا ـ يأخذ سريه أو امرأه أخرى فإن هذا الشرط مخالف للكتاب و السنه فإنه ثبت بهما جواز أخذ السريه و المرأه على الزوجه و شرط خلافه مخالف للكتاب و السنه فلا يكون متبعا.

اذن فلم يبقى فى الروايه ما يوجب الاشكال عليها الا توهم أن هذا الإسقاط

إسقاط لما لم يجب فان مقتض الخيار ليس هو عقد المكاتبه ليكون حاصلا عند الاشتراط بل هو الحريه و من الواضح انها لم تحصل حتى تكون الأمه الحره ذا خيار فى فسخ عقد النكاح و عدمه فيكون الاسقاط عند الاشتراط فى ضمن الإعانه إسقاطا لما لم يجب و قد ذكر ذلك بعض الشافعيه.

و فيه أن هذا صحيح فإنه يلزم أن يكون الإسقاط فى ضمن الإعانه أن لا يكون لها خيار فى فسخ عقد الزوجيه و لكنه لا دليل على عدم جواز إسقاط ما لم يجب فإنه بلا- دليل فأى مانع أن يسقط الإنسان ما لم يجب عليه بعد كما هو واضح فيكفى فى صحه ذلك تحقق ما يترتب فيه حصول ذلك الأمر الساقط فعلا.

غايه الأمر فللمدعى أن يدعى الإجماع على بطلان إسقاط ما لم يجب بدعوى كونه تعليقا و فيه مضافا الى أنه دليل لبى يقتصر فيه على المورد المتيقن و هو صوره التعليق فى العقود أن الإجماع هنا على خلافه كما تقدم فلا وجه للمناقشه من هذه الجهه.

و بالجمله فلا دليل على بطلان إسقاط ما لم يجب بوجه.

و الذى ينبغى أن يقال أن الخيار الثابت للمتبايعين فى المجلس ما لم يفترقا من قبيل الحقوق التى تقبل السقوط و قد قلنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۴

فى أول البيع أنه و ان كان لا- فارق بين الحق و الحكم فان جميع ذلك حكم الهى مجعول لله تعالى و لكن بعض أقسام الحكم اختياره تحت يد المكلف فله إسقاطه أو إبقائه و نسمى ذلك القسم و من الحكم حقا و لا يسقط حكما كالجواز فى الهبه.

و من الواضح أن خيار المجلس مما يقبل الاسقاط و

أوضح شی ء يدل على أنه يسقط بالإسقاط ما فی ذيل الأخبار الداله على خيار المجلس و الحيوان فان فی ذلك قال عليه السلام فذلك رضا بالبيع فان الظاهر من ذلك أن أمره بيده و ليس ذلك مثل الهبه فإن الجواز فی ذلك حكمی لا يسقط بالإسقاط بل و لو أسقطه ألف مره فأيضا يبقى الجواز على حاله و إذا خالف و لم يسقط قد فعل فلا محرما و مع ذلك لو فسخ كان فسخه مؤثرا لعموم أدله الخيار.

و على هذا فشرط السقوط فی العقد بان يشترط احد المتبايعين على الآخر عند البيع سقوط خياره فمرجعه الى أن المشروط عليه يسقط خيار الذی يثبت له بعد البيع عند العقد و قد عرفت أنه من قبيل الحق يقبل بالإسقاط فليس لهذا البيان إشكال إلا ما ذكره بعض الشافعيه من أنه إسقاط لما لم يجب و هو و ان كان صحيحا و لكنه لا دليل عليه بوجه غير دعوى أنه من التعليق و الإجماع قائم على بطلانه و هو أيضا فاسد لقيام الإجماع هنا على السقوط كما عرفت فإنه ادعى بعضهم الإجماع فی المقام.

و قد ظهر من مطاوی ما ذكرناه أن اشتراط سقوط الخيار موافق للقواعد و لا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم.

قوله (ره) ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها أن يشترط عدم الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۵

أقول شرط سقوط الخيار فی ضمن العقد يتصور على وجوه الأول شرط عدم الخيار و هذا الشرط هو المراد من اشتراط الخيار و قد تقدم فی ذلك و أن توهم كونه مخالفا لمقتض العقد تاره و لمقتضى الكتاب أخرى توهم فاسد كما عرفت.

و قد عرفت أن الخيار من قبيل الحقوق فيسقط بالإسقاط بعد التحقق و ككك قبله فليس

فیه عیب الا سقوطه قبل الثبوت الذی هو من قبیل إسقاط ما لم یجب و لو خالف المشروط علیه فلم یسقط فیکون للمشروط له الخیار و لو فسخ المشروط علیه کان فسخه مؤثرا لعموم البیعان بالخیار ما لم یفترقا.

الثانی: أن یشترط عدم الفسخ

فیقول بعث بشرط أن لا- أفسخ فی المجلس و هل یجب الوفاء بهذا الشرط أم لا و قد یقال بالثانی فإنه من قبیل اشتراط فی العقد الجائز فلا یزید الشرط علی أصل العقد فان معنی أن لا یفسخ أن له خیار فی العقد و لکن لا یفسخ فاشتراط عدم الفسخ انما هو فی عقد خیاری فلا- یجب الوفاء به کما إذا شرط فی الهبه أو فی الوکاله أو غیرهما من العقود الجائزه شرطا فان هذا الشرط لا یکون واجب الوفاء.

و فیه أن جواز العقد فی ذاته لا ینافی وجوب الوفاء بالشرط الواقع فی ضمنه فان مقتضی وجوب الوفاء بالشرط هو لزوم العمل بمقتضاه ما دام العقد باقیا و بعد زوال موضوعه یرتفع وجوب الوفاء بالعقد أیضا لارتفاع موضوعه فالجواز انما هو ثابت لموضوع وجوب الوفاء بالشرط فیکون وجوب الوفاء بالشرط قضیه ما دامیه و قضیه حقیقیه یعنی أن کلما وجد موضوع وجوب الوفاء بالشرط وجب الوفاء به.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۶

و بعباره اخری أن عقد الهبه و عقد الوکاله و نحوهما من العقود و ان کان بذاتها جائزه بحیث لکل من الموجب و القابل أن یفسخ العقد فی أی وقت شاء الا ان اشتراط الشرط فی ضمن هذه العقود الجائزه فی لا یکون جائزا تبعا لها فان معنی الاشتراط فیها أن المشروط.

له یشترط علی المشروط علیه فی ضمنها الشرط المعین فهذا الشرط الواقع فی

ضمن العقود الجائزه انما يكون مصداقا لقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فيكون واجب الوفاء و لكن مقيدا ببقاء ذلك العقد الجائز فإذا فسخ العقد الجائز يرتفع موضوع وجوب الوفاء فكون الإنسان مخيرا فى رفع موضوع الوجوب لا يدل على استحاله ثبوت الوجوب على ذلك الموضوع. و عليه فيمكن أن يشترط احد الطرفين فى العقد الجائز على الطرف الأخر شرطا و يكون الشرط واجب الوفاء بدليل الشرط دون العقد.

فاشتراط عدم الفسخ بخيار المجلس من هذا القبيل فيكون الشرط واجب الوفاء بدليل وجوب الوفاء بالشرط نعم فرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الجائزه التى يشترط فيها شىء و هو أنك قد عرفت أن فى سائر العقود الجائزه يجوز لأحد الطرفين فسخ العقد الجائز و إعدام وجوب الوفاء بالشرط و لكنه لا يجرى فى المقام فان الشرط اعنى عدم الفسخ انما تعلق بنفس العقد فوجوب الوفاء بالشرط لا يمكن الا بعدم الفسخ و حفظ العقد فلو فسخ العقد يلزم من ذلك عدم الوفاء بالشرط و بعباره اخرى أن مفاد الشرط هو لزوم حفظ موضوعه و أيضا فيحرم الفسخ أبدا.

لا يقال انه لا معنى للاشتراط أصلا فى ضمن العقود الجائزه فإن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۷

معنى الشرط هو كون الالتزام الشرطى منوطا بالالتزام بإبقاء الالتزام العقدى و من الواضح أنه ليس هنا التزام بالبقاء لفرض كون العقد جائزا فيكون شرطا ابتدائيه فإنه يقال أن الجواز و عدمه من الأحكام الشرعيه فهو لا ينافى بالتزام المشروط عليه بإبقاء العقد مع بقاء الشرط كما هو واضح.

قوله فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ

أقول لا شبهه أن وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى فمخالفته توجب

العصيان فهل يوجب الفسخ التأثير وضعا أيضا أم لا قد احتمل المصنف عدم تأثير الفسخ ح تاره و تأثيره أخرى و قرب الثانى لعموم دليل الخيار و قرب الأول لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه. ثم اختياره و قال انه أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلک كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

و قد اختار شيخنا الأستاذ أيضا عدم الفسخ و ان الحكم التكليفى و الوضعى لا يجتمعان هنا و لكن قربه بوجه آخر و قد ذكر ذلک الوجه فى كثير من الموارد و أجبنا عنه فى غير واحد من المباحث و حاصل هذا الوجه أن النهى تاره يتعلق بالسبب و أخرى بالمسبب أما الأول فلا يوجب حرمه المعامله المسببه عن ذلک السبب فإن حرمه السبب لا تستلزم حرمه المسبب كما لا يخفى.

و على الثانى فيستلزم الفساد لان الشرط يوجب سلب قدره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۸

المالک على البيع من زيد و فى المقام حيث أن المشروط له قد اشترط على المشروط عليه عدم فسخ فيكون الوفاء به واجبا تكليفا و إذا خالف ذلک و فسخ و قد فعل فعلا محرما و لكن لا يترتب عليه الحكم الوضعى فإن التكليف كما هو مشروط بالقدره العقليه فكذلک مشروط بالقدره الشرعيه فنهى الشارع عن شى ء يوجب عجز المكلف عن اقدامه ففى هنا أن نهى الشارع عن الفسخ بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط يوجب عجز المكلف عن

الفسخ شرعا بمعنى أنه لا يكون مؤثرا فى الفسخ على تقدير وقوعه.

و فيه قد ذكرنا مرارا أن الحرمه التكليفيه عن الشى ء لا يستلزم الحرمه الوضعيه و كون ذلك الشى ء فاسدا وضعا فإنه يحرم التصرف فى مال الغير بدون اذنه مع أنه لو غصب أحد ماء الغير و طهر به ثوبه فإنه يكون مؤثرا فى الطهاره و فى هنا و ان كان النهى متعلقا بالسبب و لكن الأمر كذلك لو كان متعلقا بالمسبب أيضا فلو كانت الطهاره الخبثيه بالماء المغصوب مبغوضا للشارع مع عدم كون الفعل عباديا و كان يغصب أحد ماء من الغير و طهر به ثوبه فإنه لا يتوهم احد عدم حصول الطهاره هنا إذا لم يكن الفعل مما يعتبر فيه قصد التقرب.

و معنى أن النهى التكليفى يسلب القدره عن المكلف شرعا يعنى أنه قبل تعلق النهى بالفعل كان مرخصا فى الفعل و الترك و بعده ليس له هذه السلطنه و لا يكون مرخصا فى ذلك بل لا بد من الترك و أما أن هذه الحرمه مستلزمه للحرمه التكليفيه أم لا فهو أول الكلام و تظهر الثمره فيما إذا صدر منه الفعل فى حال المغفله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۲۹

و النسيان فإنه لا يكون حراما أيضا.

نعم انما يدل النهى على الفساد إذا كان إرشادا إليه كما فى النهى عن بيع الخمر و عن بيع ما ليس عنده و نحوهما نعم انما يدل النهى التكليفى على الفساد أيضا مع قيام القرينه عليه كما فى بيع الخمر فإن النهى انما عن جميع شؤنه و أنه يعلم من لسان الشرع أن جميع جهاتها مبغوضه للشارع حتى التمليك و التملك فلا تحصل فيها ذلك.

و أما الجواب

عما ذكره المصنف أنا لو سلمنا أن معنى الوفاء بالعقد هو ترتيب آثار العقد عليه من حرمه التصرف فى المثمن و الثمن و لو بعد الفسخ بحيث تدل الآيه بالملازمه إلى لزوم العقد و لكنه لا يجرى فى وجوب الوفاء بالشرط كما فى المقام فان معنى الوفاء بالشرط هنا هو عدم الفسخ و من الواضح انه لا إطلاق له لما بعد الفسخ أيضا بيان ذلك أن المشروط عليه إذا خالف الشرط و فسخ العقد فاما أن يكون فسخه مؤثرا أولا فعلى الثانى فلا وجه للتمسک بإطلاق وجوب الوفاء بالشرط بما بعد الفسخ أيضا و على الأول فلا يبقى متعلق وجوب الوفاء حتى يجب الوفاء به فإنه بعد الفسخ ينحل العقد و لا يبقى شى ء حتى يجب الوفاء بالشرط و لا يفسخ العقد و على الجمله فإذا خالف المشروط عليه بالشرط و فسخ فينعدم موضوع الشرط و لا يبقى شى ء حتى لا يفسخ و يبقى على حاله.

و على هذا فأدله الخيار محكمه فكل من المتبايعين فسخ العقد و ان كان فسخ من شرط عليه أن لا يفسخ محرما.

ثم ان المعروف بين الفقهاء أن هذا الشرط صحيح و ان وقع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۰

الكلام بينهم أن الفسخ يؤثر وضعا أو لا يؤثر و لكن لنا مناقشه فى صحه هذا الشرط قد ذكرناه فى باب المزارعه فى حاشيه العروه و حاصله أنا ذكرنا مرارا أن معنى الشرط فى العقد لا يخلوا عن معانى ثلثه بالسير و التقسيم الأول أن يكون التزاما أخرى فى ضمن العقد مستقلا و غير مربوط بالالتزام العقدى بأن يلتزم كل من المتبايعين بمبادله مال بمال و يلتزم أحدهما أيضا مقارنا لهذا

الالتزام بان يخيط ثوبا لصاحبه فليس بينهما ربط الا صرف المقارنه الزمانيه و لا شبهه أن هذا النحو من الشرط لا يجب الوفاء به بالاتفاق لكونه من الشروط الابتدائيه فليس المراد من الشرط التى حكموا بوجوب الوفاء بها هو ذلك.

الثانى أن يكون الشرط مربوطا بالعقد و هو على قسمين الأول أن يكون الالتزام العقدى مربوطا بالالتزام الشرطى بحيث أن الالتزام العقدى منتف مع انتفاء الالتزام العقدى مثلا معنى اشتراط الخياطه فى ضمن بيع الدار هو أن الالتزام بيع الدار انما هو فى فرض الالتزام بالخياطه و العمل به و إنهائه و الا فلا بيع هنا أصلا.

و فيه أنه قام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود فيكون هذا باطلا حتى إذا كان المشروط عليه يفى بالشرط كما لا يخفى.

الثالث أن يكون الالتزام العقدى غير مربوط بالالتزام الشرطى ليكون تعليقا و لكن كان الالتزام ببقاء العقد و إبقائه منوطا بالتزام المشروط عليه بانهاء الشرط و إبقائه فيكون الالتزام بإبقاء العقد و عدم قدرته على الفسخ و الحل منوطا بكون المشروط عليه وافيا بالشرط و الا فللمشروط له خيار الفسخ كما لا يخفى.

إذا عرفت ذلك فنقول ان معنى الشرط فى العقود بحيث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۱

يجب الوفاء به بالسير و التقسيم ليس الّا هو الثالث و عليه فلا يعقل و لا نتصوّر اشتراط عدم الفسخ فى العقود بحيث لا يكون للمشروط عليه حق الفسخ و ذلك فإنك لما عرفت أن معنى الاشتراط هو ثبوت الخيار للمشروط له مع تخلف المشروط عليه الشرط و من الواضح أنه بعد ما فسخ المشروط عليه لفرض تأثير فسخه لعموم أدله الخيار لا يبقى موضوع ليكون للمشروط له الخيار بان

كان مختارا فى فسخ العقد و إبقائه و مع عدم الفسخ فالعقد أيضا باق على حاله سواء كان هنا شرط أم لا فلا نعقل معنى محصّلا لهذا الشرط فيكون لغوا و يدخل فى الشروط الفاسده و يأتى الكلام فيه من أن الشرط الفاسد مفسد للعقد أم لا.

نعم لو اشترط فى ضمن عقد عدم فسخ عقد آخر فيكون صحيحا كسائر الشروط الصحيحه كاشتراط الخياطه أو البنايه أو النجاره أو نحوها كما لا يخفى.

الثالث أن يكون المراد من شرط سقوط الخيار فى العقد أن يشترط إسقاط الخيار

بأن يكون هذا الفعل صادرا من المشروط عليه و لا شبهه فى صحه هذا الشرط لعدم ترتب المحذور عليه الّا إسقاط ما لم يجب و قد عرفت ان الإجماع على تقدير تحققه بعدم جواز ذلك لكونه تعليقا فلا يجرى فى المقام لقيام الإجماع على الصحه كما ادعاه بعضهم فيكون مشمولا لعموم وجوب الوفاء بالشرط و عليه فلو أخل المشروط عليه الشرط كله و لم يسقط الخيار و لم يف بالشرط فيكون للمشروط له خيار تخلف الشرط كما هو واضح.

ثم إذا فسخ المشروط عليه العقد فهل يكون فسخه مؤثرا أم لا الظاهر هو الأول لعموم الأدله الداله على ثبوت خيار المجلس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۲

للمتبايعين كما تقدّم و قد اختار المصنف أنه لا يؤثر الفسخ كما ذكره فى الوجه الثانى و قد عرفت جوابه.

ثمّ انّه إذا تخلّف المشروط عليه و لم يفسخ العقد قد عرفت أنه يثبت الخيار للمشروط له و لا يفرق فى ذلك بين كون الفسخ مؤثرا أم لا فان نفس بقاء العقد متزلزلا مخالف لغرض المشروط له فيكون له الخيار لا جل التخلّف بالشرط و ان لم يكن فسخ المشروط عليه مؤثرا على تقدير الفسخ إذا يكون البيع

لازما و عدم كونه متزلزلا مما هو محط غرض للعقلاء فلا أقل لنفس المشروط له.

و لا- ينافى ذلك لزوم العقد شرعا فإنه من الأحكام الشرعيه و التزلزل انما هو مع قطع النظر عنه و فى نظر المتبايعين الحكومه العرفيه مع قطع النظر عن الشرع و الشريعه كما إذا كان المتبايعين غير ملتزمين بالشرع و الشّريعه.

قوله قدس سره بقى الكلام فى أنّ المشهور أنّ تأثير الشرط انّما هو مع ذكره فى متن العقد

اشاره

أقول ما ذكره المصنف و ان كان له مناسبه لما نحن فيه و لكنه من مسائل مبحث الشرط التى سنتكلم فيها و تفصيل الكلام هنا على نحو الإجمال

أن اعتبار الشرط فى المعامله على أنحاء

الأوّل أن لا يكون مذكورا لا فى ضمن المعامله و لا قبلها و لا بعدها

و لم ينشأه المعامله بانيا عليها أيضا و هذا على قسمين لان الوصف ان كان ممّا يعتبر بحسب الارتكاز العقلائى سواء ذكر أم لا كاعتبار التسليم و التسلّم و أوصاف الصحه كظهور المبيع على ما وقعت المعامله عليه فلا شبهه فى صحه ذلك الشرط و وجوب الوفاء به فان مثل ذلك الشروط كالمذكور و الارتكاز العقلائى و الارتكاز من المتبايعين قائم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۳

مقام الذكر فيكون واجب الوفاء لعموم المؤمنون عند شروطهم بل فى تخلّف أوصاف الصحه تفسده المعامله.

و ان كان من قبيل الأوصاف الكماليه كوصف الخياطه و البنايه و النجاره و نحوها فلا يكون واجب الوفاء إذ ليس هنا شرط حتى يجب الوفاء به كما سنذكر معنى الشرط و لم يبرز هنا شى ء يجب الوفاء به.

و قد يكون الشرط مذكورا فى ضمن العقد

اما تفصيلا كقوله بعتك العبد الكاتب أو على أن يكون كاتبا و اما إجمالا كما إذا ذكرت الشروط كلها قبل العقد و عند إجراء صيغه العقد يقول بعتك الشى ء الفلانى على ما ذكر من الشروط فيشير بهذه الكلمه المبهمه إلى الشروط المذكوره قبل العقد فإنه أيضا مذكور فى ضمن العقد فيكون مشمولا لعموم وجوب الوفاء بالشرط فان الغرض ارتباط الشرط بالعقد و هو حاصل بمثل هذه الكلمات المبهمه.

و على الجمله الإشاره فى ضـمن العقـد إلى الشـرائط المـذكوره قبل العقد و المعامله بانيا عليها مع إظهار تلك الشـروط بمثل ما ذكر كقوله بعتك العبد على ما ذكر لا يقصر عن الشرط المذكور فى ضمن العقد صريحا فى وجوب الوفاء بها فإنه ح يبرز البائع بقوله بعت كذا تبديل ما له على هذا الشرط فيكون ما بنى عليه من الشرط مبرزا مع حقيقه المعامله كما لا

يخفى فكما يكون الالتزام العقدى المظهر بكلمه بعت واجب الوفاء و كذلك الالتزام الشرطى المبرز بهذه الإشاره.

و قد يكون الشرط مذكورا قبل العقد

و لكن لا يشار إليها فى ضمن العقد لا تصريحا و لا إجمالا فهو على قسمين الأوّل أن يكون ذلك مغفولا عنه عند البيع و غير ملتفت اليه من مقام المعامله أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۴

نسيه أو كان ملتفت اليه و لكن لم يظهروا عند البيع و لم ينشأه مبنيا على الشرط المذكور قبل العقد فان هذا كلّه لا حق بالقسم الأول و لا يجب الوفاء به و الثانى أن يكون ملتفتا اليه عند المعامله و كان بنائها على ذلك حتى فى مرحله إنشاء و إظهار المعامله و لكن لم يظهروا الشرط عند الإنشاء و بعباره أخرى الشرط موجود فى مقام الثبوت و لكن ليس له دال فى مقام الإثبات و الظاهر أنه شرط حقيقه و يجب الوفاء به و لكن المشهور ذهبوا الى بطلان الشرط المذكور قبل العقد و ان كان العقد بانيا عليه و لكن الظاهر من بعضهم هو كون مثل هذا الشرط أيضا واجب الوفاء كالشيخ و غيره قال الشيخ فى محكى الخلاف أنه لو شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثمّ نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى إلخ و قد منع المصنف عن كون مثل هذا الشرط واجب الوفاء كما ذكره فى المتن بل منع نسبه ذلك الى الشيخ أيضا و لذا حاول أن يوجه كلامه بأنه أراد من قوله قبل العقد اى قبل تمام العقد و استشهد عليه بملاحظه عنوان المسأله فى الخلاف و التذكره و باستدلال

الشيخ على الجواز و بعض الشافعيه على المنع و قال أن ذاك كلّه يكاد يورث القطع بأن مراد الشيخ ليس هو ظاهر كلامه بل مراده ما ذكرناه و لكن الظاهر أن ما يستفاد من ظاهر كلامه هو مراد الشيخ و لذا أشكل عليه العلامه بأنه لا يكون الشرط المذكور قبل العقد واجب الوفاء إلا إذا كان إيقاع العقد بانيا عليه فإنه يكون العقد مشروطا به و كيف كان فلا يهمنا كشف مراد الشيخ أنه أى شى ء أراد و انّما المهم انّما هو بيان أن هذا الشرط واجب الوفاء أم لا و الظاهر أنه لا قصور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۵

فى صدق مفهوم الشرط عليه و كونه واجب الوفاء أيضا بمقتضى دليل وجوب الوفاء بالشرط.

و الوجه فى أن الثانى يجب الوفاء به دون الا هو ان معنى الشرط هو الرّبط بين الشيئين كما فى القاموس حيث ذكر ان الشرط هو الالتزام و الالتزام فى البيع و نحوه فإنّما يكون الالتزام بالشرط مربوطا بالالتزام العقدى إذا كان الالتزام العقدى و إبرازه باقيا على الشرط و مربوطا اليه بحيث يكون بين الالتزامين ربط و عقده ليتحقق معنى الشرط الذى ذكره أهل اللغه و هذا المعنى هو المتفاهم عرفا و كذلك هو المستفاد من قوله (ع) كل شرط سائغ و لازم الّا شرط خالف الكتاب و السنه و على الجمله المستفاد من كلمه الشرط الذى يجب الوفاء به و الا شرطا خالف الكتاب و السنه هو المربوط بالعقد لا ما يكون خارجا عنه فإنّه مجرّد و عد فيجرى عليه حكمه من وجوب الوفاء و عدمه.

و من الواضح أن المذكور قبل العقد إذا كان مغفولا عنه حين إنشاء

البيع أو منسيا أو متروكا عمدا بحيث أنشأ البيع غير مبنى على الشرط فلا يجب الوفاء به لا من جهه القصور فى أدله وجوب الوفاء بالشرط و لا من جهه التمسّك بالإجماع على عدم وجوب الوفاء به حتى يقال انّ المسأله مختلف فيها فليس فى المقام إجماع بل من جهه منع صدق الشرط عليه إذ هو بالنسبه إلى العقد المنشأ خاليا عن ذكره و خاليا عن البناء عليه أن إنشاء المعامله بانيا على هذا الشرط كسائر الأمور الأجنبيه عن العقد فلا يكون واجب الوفاء و انّما هو كسائر المواعيد التى أجنبيه عن هذا العقد فيكون عدم وجوب الوفاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۶

به من جهه عدم الموضوع و عدم صدق الشرط عليه كما هو واضح فلا يكون هذا كالمحذوف النحوى ليكون فى حكم المذكور.

و أما إذا كان الشرط مذكورا قبل العقد و كان العقد المنشأ مبتيّا عليه من غير أن يكون مغفولا عنه عند البيع فيصدق عليه الشرط حقيقه فى مقام الثبوت غايه الأمر أن الدلاله عليه فى مقام الإثبات منفيه بحيث لو سمع أحد الكلام الذى أنشأ به البيع خاليا عن ذلك الشرط حسب أنه مطلق و المعامله المنشئه بهذا الإنشاء خاليه عن الشرط و الوجه فى ذلك هو ما عرفت من أن المستفاد من معنى الشرط بحسب المتبادر من كلمته فى الاخبار و من العرف و من تصريح أهل اللغه هو ما يكون مربوطا بشى ء و ليس إظهاره بمظهر فى مقام الإنشاء من مقومات ذلك فإذا كان إبراز المعامله بانيا عليه فيكون مربوطا بها فيكون الالتزامين أى العقدى و الشرطى مرتبطين اى أحدهما بالأخر و لا يقاس ذلك بحقيقه المعاملات التى

لاـ يترتب عليه الأثر إلّا بعد الإظهار و الإبراز لا بمجرد الاعتبار و ذلك لأنا ذكرنا فى أول البيع أن حقيقته عباره عن اعتبار الكليه لكل من العوضين من كل من المالكين للآخر و إظهاره بمبرز فى الخارج و كك سائر المعاملات فإنّها ليست مجرد اعتبار نفسانى و الاـ للزم أن يكون بمجرد الاعتبار النفسانى أن يملك الآخر و ليس كك حتى مع العلم بالاعتبار كما إذا علم كل من المتبايعين بعلم الإشراق أن الأخير اعتبر ملكيه ماله له و كذا العكس فإنه لا يكون هذا بيعا ما دام لم يقترن بالإظهار فحقيقه البيع و كذلك ان حقيقه سائر المعاملات متقوّمه بالاعتبار النفسانى و بالإظهار الخارجى كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۷

و هذا بخلاف حقيقه الشرط فإنه ليس متقوّما بالاعتبار و بالإظهار الخارجى معا بل معناه كما ذكرناه هو الرّبط بين الشيئين و هو حاصل بمجرد البناء و القصد و إظهار المعامله و ابرازها و إنشائها بانيا عليه فإنه بمجرد ذلك يحصل الرّبط كما لا يخفى فلا يحتاج الى اللفظ بوجه و قد ذكر ذلك المحقق الايروانى أيضا فيجب الوفاء به للعموم على أن التزامهما مقيد فى نفس الأمر فلا يعقل التفكيك بينهما لكى يكون أحدهما واجب الوفاء دون الآخر.

و أما ما ذكره المصنف من ان الشرط المذكور قبل العقد إذا لم يذكر فى العقد و لو بالإشاره كان لغوا و ان وقع العقد بانيا عليه و أما ما ذكره فقد ظهر جوابه ممّا حققناه فكأن المصنف حسب أن قوام الرّبط و الشرط كقوام المعاملات بالإظهار و الإبراز و قد عرفت أنه ليس كك و الحاصل أن الشرط المذكور قبل العقد الذى

يقع العقد فى الخارج بانيا عليه كالمحذوف المقدر فإنه فى حكم المذكور.

و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ أيضا من أن القصور و الدواعى غير معتبره فى العقود ما لم ينشأ لفظ على طبقها فمجرد وقوع العقد مبنيا على شرط مع عدم ذكره فى متن العقد لا يؤثر فى سقوط الخيار و ذلك لان الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد فارتباطه به يتوقف على الالتزام به فى العقد و مجرّد البناء ليس التزاما به و لا يقاس ذلك على أوصاف المبيع المعتبره فيه بالارتكاز و وجه الظهور أن الغرض من الشرط هو ارتباط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى فى نظر المتعاملين بحيث يكون أحدهما مربوط بالاخر و لا يلزم أن يكون على نحو معرفه غيرهما أيضا فإن تحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۸

حقيقه الشرط لا يتوقف على الإظهار كما يتوقف البيع عليه فلو كان تحققه محتاجا الى فهم الغير أيضا لزم ان لا تحقق المعاملات الواقعه فى الخفاء التى لا يطلع عليها غير المتعاملين.

قوله فرع ذكر العلامه فى التذكره موردا لعدم جواز اشتراط. نفى الخيار

أقول كان كلامنا فى سقوط الخيار بالشرط و قد ذكر العلامه فى التذكره أنّه قد لا يجوز اشتراط إسقاط الخيار لا من جهه إسقاط ما لم يجب فإنه لو كان صحيحا لكان جاريا فى جميع موارد اشتراط إسقاط الخيار بل من جهه أخرى كما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال للّه عليّ ان أعتقك إذا بعتك و قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصحّ البيع لصحّه النذر و يجب الوفاء به و لا يتم ذلك برفع الخيار لرفع موضوع النذر و قد ذكر المصنف أن ما ذكره العلامه مبنى على أن النذر

المعلّق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرّفات المنافيه له ثم قال و قد مرّ أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كك.

أقول لا يتم ما ذكره العلامه و ارتضاه المصنف و أضاف إليه الشرط صغرى و كبرى و أما الوجه فى عدم تماميه الصغرى فلان عتق العبد لا ينحصر بفسخ العقد بخيار المجلس ثمّ عتقه بل يمكن بوجه آخر كالشراء ثانيا أو تملكه بغير الشراء كالاتهاب أو التوارث فإنه مع الاطمئنان برجوعه الى ملكه ثانيا لا مانع من عدم الفسخ فعتقه لا ينحصر بصوره الفسخ فقط بل يمكن بغيره أيضا كما هو واضح.

و أما الوجه فى عدم تماميه الكبرى أن وجوب الوفاء بالنذر و كذا وجوب الوفاء بالشرط وجوب تكليفى كما تقدّم قريبا و قد عرفت أنه لا ملازمه بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى بأن تكون المخالفه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۳۹

بالحكم التكليفى موجبه لبطلان المعامله المنهيه عنها أيضا فلأدله للنهى عن شى ء تكليفا على فساده وضعا إلا بالقرائن كما فى الخمر نعم لو كان النهى إرشاد يا فيدل على الفساد كما فى نهى النبى (ص) عن بيع الغرر و نحوه و على هذا فمخالفه الناذر و نذره أو مخالفه الشارط شرطه حرام تكليفا فإذا نذر أن يعتق عبده إذا باعه أو شرط ذلك على نفسه فى ضمن معامله ثمّ باعه بيعا لازما و خالف نذره فلم يعتق فلا تدل مخالفته هذه على بطلان البيع و قد تقدم فى المكاسب المحرمه كثيرا أن الحرمه التكليفيه لا يلازم الحرمه الوضعيه بل هى تدل على مبغوضيه الفعل فقط لا على عدم نفوذه.

و تظهر الثمره فيما إذا باعه فى حال الغفله و النسيان عن نذره

فإنه لا يكون حراما أيضا تكليفا لكونه مرفوعا عند الغفله و النسيان كما هو واضح و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الحكم الشرعى يجعل الإنسان مسلوب القدره فقد تقدم جوابه و تقريب كلامه.

قوله: مسأله و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

اشاره

بل هذا هو المسقط الحقيقى

أقول لا شبهه فى جواز إسقاط خيار المجلس بعد العقد بل هو المسقط الحقيقى كما ذكره المصنف و انّما الكلام فى دليل ذلك.

و قد استدل عليه المصنف بوجوه

الأول: دعوى الإجماع عليه

و لكنه تقدم غير مرّه أن الإجماع فى مثل هذه المسأله ليس تعبديا بل هو مبنى على الوجوه المذكوره فى المسأله.

الثانى القاعده المسلمه بين الفقهاء أن لكل ذى حق إسقاط حقه

و لعل الوجه فى ذلك قوله (ع) الناس مسلطون على أموالهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۰

فإن مقتضى ذلك هو تسلط ذى الحق بحقه فيفعل فيه ما يشاء بالفحوى و بالطريق الأولويه فإن الإنسان إذا كان مسلطا لما له الذى من قبيل الأعيان فهو مسلط على حقه أيضا.

و فيه اما لمن له الخيار حق لإسقاطه أو لا أى أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان منه قبيل الحقوق فلا يحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنه أو بمنطوقه فان معنى الحق هو كون ذى الحق مسلطا على حقّه بحيث يفعل فيه ما يشاء.

و ان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هنا دليل السلطنه أم لا.

و بعباره واضحه قد ذكرنا فى أول البيع أنه لا فرق بين الحق و الحكم من حيث كونهما مجعولين للشارع بل كلاهما من الأحكام الشرعيه التى جعلها الشارع و لكن بعض هذه الاحكام قد فوضه الى المكلّف و جعل اختياره بيده فله أن يتصرف فيه كيف يشاء

و نسـمى ذلك حقا فى الاصطلاح و ان كان حكما فى الحقيقه أيضا و هذا لا يكون إلّا إذا ثبت بالدليل فبدونه لا يمكن أن يقال ان هـذا الحكم اختياره بيـد المكلّف. و لـذا كلمات شـككنا فى مورد أنه يسـقط بإسـقاط من له ذلك أو لا فالأصل بقائه و عدم سقوطه بالإسقاط تمسكا بدليله.

و على هذا فلا يمكن إثبات الحقيقه بدليل السلطنه فإنه ناظر الى الكبرى و

أن کل من له السلطنه علی شی ء فله التصرف فی متعلق سلطنته کیف یشاء و بالفحوی یثبت جواز التصرف فی الحق و متعلقه و لکن لا یثبت بذلک أن الحکم الفلانی حق و الحکم الفلانی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۱

لیس بحق.

الثالث قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم

بدعوی أنه إذا شمل الشروط الابتدائیه لکان شاملا لذلک أیضا فإن إسقاط الخیار بعد العقد التزام بأن لا یکون له خیار فیکون من الشروط الابتدائیه.

و فیه أولا أنه لا تشمل الشروط الابتدائیه للاتفاق بعدم کونها واجب الوفاء بل لیست من الشروط و قد تقدم من القاموس أن الشرط هو الإلزام و الالتزام فی بیع و نحوه.

و ثانیا علی تقدیر کونه شاملا للشروط الابتدائیه فلا شبهه لعدم شموله لإسقاط الخیار بعد العقد الذی هو محل کلامنا و ذلک فان معنی إسقاط الخیار هو الالتزام بأن لا یکون له خیار و لا شبهه ان ثبوت الخیار له و عدم ثبوته له من الأحکام الشرعیه فلا یکون تحت اختیار المکلّف کما لا یخفی، فلا یعقل شمول المؤمنون عند شروطهم لذلک.

الرابع فهو العمده و حاصله أنا استفدنا من النص الدال علی سقوط الخیار بالتّصرف

معللا بأنه رضا بالبیع فیدل ذلک علی أن الرضی بالبیع و بسقوط الخیار یوجب السقوط بأی کاشف کان ذلک الدال فکلما دل علی رضا ذی الخیار بسقوط الخیار فیکون ذلک موجبا للسقوط کما لا یخفی فان المناط هو الرضا لا أن للفظ خاص موضوعیه بحیث یکون سببا للسقوط تعبدا کما لا یخفی.

و یترتب علی ذلک المسألتان اللتان ذکرهما المصنف بعد ذلک

الاولی أنه لا یعتبر فی إسقاط الخیار لفظ خاص

کما یعتبر ذلک فی العقود و الإیقاعات علی المشهور من العربیه و الماضویه و غیرهما بل یسقط الخیار بکل ما یکون کاشفا عن الرضا عن ذی الخیار علی ذلک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۲

لما عرفت أن المناط هو الرضا بالبیع و کونه لازما و هو یحصل و لو بالإشاره بالحواس و نحوه و علی هذا فیجری فی الإسقاط ما

يكون شبيها بالبيع الفضولى كما إذا قال أحد غير ذى الخيار أسقط خيار الفلانى ثم يقول صاحب الخيار أمضيت فإنه يكون ذلك إسقاطا فإن الإمضاء مصداق لسقوط الخيار و مصداق للرضا به كما لا يخفى فلا يعتبر هنا لفظ خاص لتحقق المناط المذكور بأى كاشف.

المسأله الثانيه ما ورد فى بعض الروايات و إن كانت غير جامعه لشرائط الحجيه

أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فهل يكون هذا إسقاطا للخيار أم لا و قد وقع ذلك محل الكلام بين الاعلام.

لا شبهه أن كلمه اختر ليس من مسقطات الخيار تعبدا فيقع الكلام فى دلالته على ذلك و قد يقال أن كلمه اختر معناه إسقاط خياره عن نفسه و إرجاع أمر العقد الى الطرف الآخر و اما إذا لم يكن له خيار فمعناه تمليك خياره اليه و الحاصل أن قول القائل لصاحبه اختر هذا العقد معناه إرجاع أمر العقد و تفويضه اليه بحيث لا يكون للقائل اختيار فى العقد أصلا و عليه فان كان للطرف الآخر خيار أيضا فيسقط خيار القائل و الا فيكون تمليكا لخيار نفسه الى الطرف الآخر.

و قد يقال: ان معنى كلمه اختر تفويض الخيار الى الطرف الأخر بحيث يكون هو المفوض إليه فى ذلك امام يعمل أو لا يعمل دون الاسقاط و قد يقال ان معنى كلمه اختر هو استكشاف حال الطرف بالنسبه إلى العقد أنه

أیّ شی ء یختار فی العقد الفسخ أو الإمضاء.

و علی الثالث لاـ یکون التکلم به موجبا لسقوط الخیار لکونه مسوقا للتجربه و الامتحان بل قیل علی الثانی أیضا لا یدل علی سقوط الخیار

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۳

فان تفویض الأمر الی صاحبه فی أمر خیار المجلس لا یدل علی سقوط خیار نفسه غایه الأمر أنه یکون مثل الموکل الّذی فوض أمر شی ء إلی الوکیل المفوض فإنّه مع کونه وکیلا مفوضا فللموکل أیضا أن یتصرف فی ذلک الشی ء الّذی و کلّ غیره فیه.

و قال شیخنا الأنصاری و هو الحق أن کلمه اختر لا یدلّ الّا علی کشف حال الطرف و امتحانه و أما أزید من ذلک فلا شی ء من الدلالات المطابقیه و غیرهما الاـ أن تکون هناک قرینه حالیه أو مقالیه تدل علی کون مراد المتکلّم هو إسقاط الخیار و هو کذلک فإن ماده کلمه اختر هی لا تدلّ علی أزید من الاختیار و هیئتها هی صیغه الأمر فلا دلاله فی شی ء من الماده و الهیئه علی ذلک أی سقوط الخیار بل لا یستفاد منها الّا امتحان الطرف و کشف حاله أنه یمضی العقد و یسقط خیاره أم لا بدّ یرید الفسخ.

قوله ثمّ انّه لا إشکال فی ان إسقاط أحدهما خیاره لا یوجب سقوط خیار الأخر

أقول قد تقدم فی أوائل الخیار أن إمضاء أحدهما العقد لا یوجب سقوط خیار الأخر و کون العقد لازما من قبله بل هو باق علی خیاره نعم أن فسخ أحدهما یوجب فسخ الآخر کما ذکره المصنف ثمّ تصدی المصنف لبیان صوره معارضه الفسخ و الإمضاء و قال: لو اقتضت الإجازه لزوم العقد من الطرفین کما لو فرض ثبوت الخیار من

طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدد كالاصيل و الوكيل فأجاز أحدهما و فسخ الأخر دفعه واحده أو تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعه واحده كما لو باع عبدا بجاريه ثمّ أعتقهما جميعا حيث ان إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاريه إجازه أو اختلف الورثه فى الفسخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۴

و الإجازه تحقق التعارض و ظاهر العلامه فى جميع هذا الصور تقديم الفسخ و لم يظهر وجه تامّ و سيجى ء الإشاره الى ذلك فى موضعه إنشاء اللّه تعالى.

و التحقيق فى بيان الكبرى فى المقام أنه قد يقال بثبوت الخيار للطبيعى بحيث كلّمن سبق إلى اعمال الخيار من الفسخ أو الإمضاء لا- يبقى مجال للآخر أصلا كما أن الشخص الواحد ليس له الّا خيار واحد من الفسخ أو الإمضاء فالطبيعى أيضا فى حكمه فكأنّه فرد واحد و قد احتمل هذا الوجه فى ثبوت الخيار للورثه بموت المورث و قالوا بان هنا ح خيار واحد فأى من الورثه سبق إلى إعماله فيسقط عن الباقين.

و قد يقال بكونه ثابتا لكل واحد و لكن يكون الخيار الثابت للثانى فى طول الخيار الثابت للأول أى من فروعه و شؤونه سواء كان خياره فى طول خيار الأول متعددا أو واحدا و هذا كخيار الوكيل الواحد أو المتعدد من الموكل فى اعمال الخيار.

و قد يقال بثبوته لكل واحد واحد من الأشخاص على نحو الاستقلال من غير أن يرتبط بالآخر أصلا.

أما على الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار عن البقيه بسبق أحد أفراد الطبيعه إلى إعماله إما بالفسخ أو بالإمضاء كما عرفت فإنه حينئذ ليس هنا الأخيار واحد فلا يعقل بقائه بعد سقوطه بالإعمال إسقاطا أو أعمالا فلا يبقى لخيار

الثانى موضوع أصلا لارتفاعه بفسخ السابق أو إمضائه.

و على هذا فلو تقارن فسخ أحد أفراد الطّبيعه مع إمضاء الفرد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۵

الآخر فلا مناص عن التساقط حينئذ و لا يكون شى ء من الفسخ أو الإمضاء مؤثرا فى العقد فيكون الخيار باقيا على حاله فان سقوطه و عدمه معا مستحيل للتناقض لما عرفت أن ثبوت الخيار للطبيعه كثبوته لفرد واحد فكما لا يعقل تأثير صدور الفسخ و الإمضاء من شخص واحد بأن يكتب بإحدى يده الفسخ و بالآخر الإمضاء و يبرز هما معا أو يفسخ بلسانه و يمضى بكتابته أو بإشارته فان شى ء من ذلك لا يعقل لانه مستلزم لتناقض و ترجيح أحدهما على الأخر ترجيح بلا مرجح فيلغو كلاهما و كك فى هذه الصوره فإنه حينئذ ليس هنا الّا خيار واحد فهذا الخيار الواحد لا يعقل أن يؤثر فى العقد الفسخ و الإمضاء معا. و على هذا الفرض لا وجه لكلام العلامه أصلا لا انه لم يظهر له وجه تامّ كما ذكره المصنف لما عرفت أنه غير معقول و انه مستحيل كما لا يخفى.

و أما على الثانى بأن يكون خيار أحدهما فى طول خيار الأخر فقد عرفت أنه على قسمين الأول أن يكون الثانى الذى خياره فى طول خيار الأول واحدا كما إذا و كل أحد شخصا أخر فى أمر الخيار فان خيار الوكيل فى طول خيار الموكل أى من فروعه و شؤونه.

الثانى أن يكون الوكيل فى اعمال خيار الموكل متعددا كأن و كلّ نفرين فى اعمال خيار المجلس الثابت فان هذا الخيار الثابت للوكيل فى طول خيار الموكل.

و على كلّ حال فكلّ من سبق من الوكيل أو من الموكل إلى

اعمال الخيار فيرتفع الخيار و لا يبقى للآخر مجال أصلا فإن سبق الموكل فلا يبق مجال لخيار الوكيل و ان سبق الوكيل فلا يبقى مجال لخيار الموكل و ككـ الحال فى سبق أحد الموكلين على الوكيل الأخر و الموكل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۶

و الوجه فى ذلك أن هنا خيار واحد ثابت للموكل و للوكيل فى طوله فبعد اعمال كل منهم ذلك لا يبقى مجال لخيار الأخر أصلا.

و ان تقارنا بان فسخ الوكيل و أمضى الموكل أو فسخ أحد الوكيلين و أمضى الآخر فإنه حينئذ لا مناص من التساقط أيضا و من عدم تأثير شى ء من الفسخ و الإمضاء لما عرفت من انه ليس هنا الّا خيار واحد فلا يعقل أن يعمل هذا الخيار الواحد بالفسخ تاره و بالإمضاء أخرى معا فقهرا يحكم بالتساقط كما عرفت فى ثبوته على الطّبيعى فهذان- الاحتمالان أى احتمال ثبوته للطبيعه و احتمال ثبوته للمتعدد طولا متحدان من حيث النتيجه فلا مجال لكلام العلامه فى هاتين الصورتين و أما على الثالث: فلكل منهما خيار مستقل فله اعماله من غير أن يرتبط بالاخر كما تقدم نظيره فى ثبوت خيار المجلس للوكيل و الموكل معا على نحو الاستقلال مع اجتماعهم فى مجلس واحد أو مع كون الوكيلين فى مجلس و الموكلين فى مجلس آخر مجتمعين كما تقدم و حينئذ فكل يترتب حكم خيار نفسه على حده من دون ربط بالاخر.

و على هذا فلو فسخ أحدهما سواء كان قبل إمضاء الآخر أو مقارنا بإمضائه أو بعده فيبطل العقد و ينحل فلا يبقى شى ء أصلا فإن الفسخ يقدم على الإمضاء حتى بعد إمضاء الآخر و قد تقدم وجهه سابقا من أن فى

الفسخ خصوصيه يوجب انحلال المعامله لأنه عباره عن الحل و الحل انما يكون من الطرفين بخلاف الإمضاء فإنه إقرار العقد فهو تحصل من قبله أيضا وحده.

و على هذا الفرض فمع التقارن يقدم الفاسخ و مع التأخر عن الإمضاء يقدم على الإمضاء فمع التقارن يقدم أيضا بطريق الأولويه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۷

و لو كان مراد العلامه من تقديم الفاسخ على المجيز هذا فله وجه وجيه و على الجمله فكلما كان الفسخ مقدما على الإمضاء فى فرض تأخره عنه فيقدم فى فرض التقارن بالأولويه أيضا و كلّما وقع التعارض بينهما فى صوره المقارنه فلا يكون الفسخ مقدما فى صوره التأخر أيضا بالأولويه لعدم بقاء الموضوع له ح.

قوله من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

اشاره

أقول: يقع الكلام فى جهتين الاولى فى أن المدار فى الافتراق الموجب لسقوط الخيار أى شى ء هل هو طبيعى الافتراق و لو بمقدار إصبع أو بمقدار شعره أو المناط هو الافتراق بمقدار خطوه أو المناط هو الافتراق العرفى وجوه ثلثه التى ذكرها المصنف.

الجهه الثانيه فى أن ما يوجب لسقوط الخيار من الافتراق و أن موضوع الحكم هو الافتراق بما هو افتراق أو ان الموضوع هو الافتراق الكاشف عن الرضا و أما ما كان عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار.

أما الكلام فى الجهه الأولى فذكر المصنف أن الافتراق بما هو افتراق موجب لسقوط الخيار قليلا كان أم كثيرا فان الظاهر من الأدله هو حصول الخيار بمجرّد الافتراق و انفصال الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل مسمى الافتراق و صدق الطبيعى سقط الخيار. و الذى يصرح أن مراد المصنف هو ذلك ما ذكره فى ذيل كلامه من

قوله فلو تبايعا فى سفينتين متلاصقتين كفى مجرّد افتراقهما.

الوجه الثانی

اعتبار الخطوه فى الافتراق المسقط للخيار فقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۸

ذكره جماعه اغترارا بالتمثيل بالخطوه الواقعه فى كلمات جماعه و لكنه لا دليل عليه بوجه و انّما ذكره جماعه من باب المثال و على تقدير أنهم ذكروا ذلك من باب التحديد فلا دليل عليه لانه لم يرد من الشرع ما يوجب التحديد كما ورد ذلك فى تعيين الكر و النصاب فى الزكاه و نحوهما.

الثالث أن يقال بأن المناط فى ذلك هو الافتراق العرفى و أما الوجهان الأولان فلا دليل عليهما و بيان ذلك أن المراد من الافتراق ليس هو مجرد الانفصال بأى نحو كان و لو كان طبيعى الانفصال بين المتبايعين لحصوله من الأول بالبديهه فإنه قلّما يتفق أن يكون إمضاء أحد المتبايعين متلاصقا بالأخر باليد أو بشى ء آخر من أعضاء بدنهما و عليه فالمراد من الافتراق ليس هو افتراق بدن كل منهما عن الآخر فلا بدّ و أن يراد من ذلك هو الافتراق عن مجلس العقد سواء كانا- جالسين أو قاعدين أو مضطجعين أى عن مجلس العقد للمعامله و لو كان فى حاله المشى فلو كانا فى قبه و اجتمعا فى تلك القبه للمعامله الخاصه فالاجتماع فيها اجتماع للمعامله فيكون هذا المجلس مجلس المعامله فلا يحصل التفرق حينئذ إلّا بالتفرق من هذا القبه و انقضاء مجلس البيع عرفا فإنه ما دام هذا الاجتماع فى هذه القبه باق لا يصدق التفرق عن مجلس المعامله كما لا يخفى.

فلو قام أحدهما لشرب الماء فى الزاويه أخرى من القبه أو للتوضى لا يحصل الافتراق عرفا و ان حصل التفرق بالدقه العقليه و هكذا ان التفرق فى كل مجلس اجتمعا للمعامله بحسب حال ذلك المجلس عرفا

و على هذا لا يضر التفرق بمقدار عشره خطأ فضلا عن الخطوه الواحده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۴۹

كما ذكره جماعه بل فضلا عن التفرق بالمسمى كما ذكره المصنف بل المناط هو الصدق العرفى و انهدام الهيئه الاجتماعيه لأجل المعامله عرفا هذا بحسب ما يستفاد من الروايات.

و لكن ورد فى روايه صحيحه أنه عليه السلام قال فلما أوجب البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر من هذه الروايه الشريفه أن المشى خطا يوجب سقوط الخيار و ان المشى لا جل إسقاط الخيار لا لغرض آخر و عليه فالمناط فى سقوط الخيار هو ذلك و أقله بثلثه خطوات فإنه لو لم يكن المشى خطأ موجبا لسقوط الخيار لكان ذكره فى الحديث لغوا فإنه ليس من باب الصدقه فإن الحالات الموجوده حال البيع و بعده كثيره فلو لم يكن لذكر ذلك موضوعيّه لم يذكره الامام عليه السلام و لذكر غيره فيعلم من ذلك ان المناط فى سقوط الخيار و بالتفرق هو ذلك و ان الامام (ع) طبق الكبرى الكليه على المورد الخاص لا أن القضيه شخصيه فى مورد خاص كما لا يخفى فتحصل أن ما يظهر من هذه الروايه الشريفه هو الميزان فى سقوط الخيار بالتفرق.

ثم أنه هل يحصل التفرق بحصوله بالاختيار من أحد الطرفين و بالاضطرار عن الآخر أو بالاضطرار من الطرفين أو لا بدّ و أن يكون اختياريّا من كلا الطّرفين و بعباره أخرى هل يعتبر فى التفرق أن يكون اختياريّا من كلا الطرفين أو يكفى من احد الطرفين أو لا يعتبر الاختيار فى شى ء من الطرفين أصلا.

الظاهر أنه لا يعتبر الاختيار فى حصول مفهوم التفرق أصلا فإنه أمر تكوينى يحصل بمجرد انفصال

أحد المجسمين عن الآخر و بعباره

أخرى أن التفرق و الانفصال من الأمور النسيه و هو يتحقّق من الطرفين بمجرد تباعد أحد الجسمين عن الآخر و إذا انفصل أحدهما عن الآخر بأى نحو كان يحصل التفرق من الطرفين حقيقه و أما سقوط الخيار بمطلق التفرق و عدم سقوطه فهو مطلق آخر و غير مربوط بالمقام.

و أما ما ذكره المصنف من قوله فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن فلا معنى له فان الافتراق حقيقه يحصل من الطرفين بمجرد تفرق أحدهما عن الآخر كما لا يخفى فلا نعقل معنى لكون ذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن كما هو واضح لا يخفى و يدل على تحقق الافتراق بمجرد تفرق أحدهما قوله (ع) قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا حيث اثبت افتراقهما بمجرد انفصاله عليه السلام عن الآخر من غير أن يكون الآخر متحركا بل كان جالسا.

(فيما لو أكره أحدهما على التفرق)

اشاره

قوله مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير،

أقول: لا شبهه أن موضوع عدم الفسخ هنا مركب من أمرين أحدهما التفرق و الثانى عدم الفسخ و عليه قد يكون كل منهما اختياريا بأن يكون متمكنا من الفسخ و لا يكون مكرها عليه و يكون مختارا فى التفرق و عدمه و هذا هو القدر المتيقن من مورد سقوط خيار المجلس بالتفرق أى إذا كان متمكنا من الفسخ و كان مختارا فى التفرق و مع ذلك تفرّق باختياره و لم يفسخ ككك باختياره يسقط خياره.

و قد يكون مختارا فى الفسخ و عدمه متمكنا عنه و مع ذلك كان

مكرها

على التفرق و قد يكون عكس ذلك بأن يكون مكرها على عدم الفسخ و لكن كان مختارا فى التفرق فالمعروف المشهور فى هذين الفرضين أيضا سقوط الخيار و الوجه فيه ما سيأتى من أنه مع كون أحد جزئى الموضوع. المركب إكراهيا و الجزء الأخر غير اكراهى لا يوجب رفع الحكم المتعلق به أو المترتب عليه لكونه اختياريا كما لا يخفى فافهم قد يكون مكرها على كليهما بأن يكون مكرها على التفرق و غير متمكن من الفسخ اى مكرها على عدم الفسخ فالمشهور هنا هو عدم سقوط الخيار

و قد استدل على هذا بوجوه

اشاره

كما يظهر من كلام المصنف

الأول الإجماع المنقول المنجبر بفتوى المشهور.

و فيه أن كلا من الإجماع المنقول و الشهره ليس بحجه فلا يكون ضم غير الحجه بمثله مفيدا للحجيه أما عدم حجيه الشهره الفتوائيه فواضح و أما عدم حجيه الإجماع المنقول فمن جهه أن المظنون أن مدركه هو الوجوه المذكوره فى المقام فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم (ع).

الثانى أن المتبادر من الفعل هو الاختيارى

فالحكم المترتب على فعل يكون مترتبا على فعل اختيارى لا على فعل غير اختيارى فالمناط فى التفرق الموجب لسقوط الخيار هو التفرق الصادر عن المتفرق باختياره لا الصادر بالإكراه فإنه حينئذ لا يسقط الخيار بل يتمسك بأصاله بقاء الخيار و يحكم بعدم سقوطه.

و قد أشكل عليه المصنف بأنه يمكن منع التبادر فان المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لا يعد فلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صوره فعل قائمه بجسم المضطر لا فى مقابل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۲

المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه فان التبادر ممنوع.

ثم ذكر ثانيا أنه لو تم هذا انما يتم فى صوره الإكراه و الاضطرار على التفرق مع التمكن من الفسخ مع أن المشهور ذهب فى هذه الصوره إلى سقوط الخيار.

أقول أما جوابه الثانى أى النقض بصوره الإكراه على التفرق مع تمكنه من الفسخ فهو متين و أما جوابه الأول فلا يمكن

المساعـده عليه فـإنه لاـ فرق بين الاضـطرار و الإـكراه بـل الظـاهر أن المتبـادر من الفعل هو الأعم من الاختيارى و غير الاختيارى الشامـل لصوره الاضـطرار أيضـا فإن الاختيار لـم يؤخـذ فى الافعال لا بموادها و لا لهيئاتها أما موادها فواضـح فلان مثل التفرق و القعود و القيام و الجلوس و النوم و نحوها من مواد الأفعال أعم من الاختياريه و

غيرها فتخصيصها بحصه خاصه و هى كونها اختياريه مجازفه.

و أما الهيئات فهى مختلفه بحسب المشتقات فإنها قد تدل على صدور الفعل و قد تدل على حلوله و وقوعه على المواد و هكذا فليس فيها اختيار أصلا نعم قد يكون الاختيار مأخوذا فى مفهوم المواد لعنوان التعظيم و الإهانه و الصوم و الصلاه و نحوها من الأمور التى من العناوين القصديه فان الاختياريه مأخوذه فيها بحسب المفهوم كما هو واضح.

و على الجمله لا وجه للقول بأن المتبادر من الافعال هو كونها اختياريه سواء كان الاختيار فى مقابل الإكراه أو فى مقابل الاضطرار فإن الأفعال غير ما يكون الاختيار مأخوذا فى مفهومه أعم من الاختياريه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۳

و غيرها و من هنا ترى أنهما تنقسم إلى الاختيارى و غير الاختيارى فيقال قيام اختيارى و قيام غير اختيارى و موت اختيارى و موت غير اختيارى و قعود و اضطجاع اختياريين و غير اختياريين و هكذا.

الوجه الثالث: الاستدلال بحديث الرفع

فان ما اكره عليه أو- اضطر عليه الإنسان مرفوع فى الشريعه المقدسه بمقتضى حديث الرفع.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه لا يمكن أن يجعل التفرق كلا تفرق بمقتضى حديث الرفع لان المفروض أن التفرق الاضطرارى أيضا مسقط مع وقوعه فى حال التمكن من التخاير فلو كان حديث رفع الإكراه رافعا لحكم التفرق مع عدم التمكن من التخاير لكان حديث رفع الاضطرار رافعا لحكم التفرق أيضا مع التمكن من التخاير.

و لكن يرد عليه أنه لا مجال لهذا النقض لما عرفت أن موضوع عدم الخيار هو التفرق و عدم الفسخ و هو انما يكون حكما إكراهيا إذا كان كلا الجزئين من موضوعه المركب إكراهيا و أما إذا كان أحد الجزئين اختياريا

و الآـخر إكراهيـا فيكون الحكم أيضـا حكما غير اكراهى و حينئـذ لا يترتب عليه حكم الإكراه مثلا إذا كان شـخص مكرها على التكلم بكلمه بع و تكلم المكره بكلمه بعت منشأ بها بيع داره مثلا، فإنه لا يتوهم أحد أن هذا الإنشاء غير مؤثر باعتبار كون بعض أجزاء مـا أنشـأ به البيع صادرا عن اكراه. و هكـذا فى جميع الموضوعات المركبه ففى المقام كك فإن الإكراه. بأحـد الجزئين لا يجعل الحكم إكراهيا مع كون الجزء الآخر من الموضوع باقيا على اختياريته بحيث يكون الحكم غير الكراهيى به فإذا كان البائع مثلا مكرها على التفرق و لكن كان مختارا فى الفسخ و عدمه فله أن يفسخ ذلک فلا يكون مجبورا و مكرا على عدم الفسخ فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۴

وجه لهذا النقض.

و قـد أجـاب شـيخنا الأسـتاذ عن حـديث الرفع أولاـ أن النسـيان مرفوع فيه أيضا مع ان القائل باعتبار الاختيار مقابل الإكراه يلتزم بسـقوط الخيـار مع النسـيان و الغفله فيسـتكشف من السـقوط فى مورد النسـيان ان ذات الاـفتراق بما انه فعل لا بما هو صادر عن اختيار جعل من المسقطات.

و ثانيـا أن حـديث الرفع و ان لم يختص بـالحكم التكليفى و لكن لاـ يمكن التعـدى منه الى غير الحكم التكليفى الا الى متعلقاته أى يكون المرفوع به وراء الحكم التكليفى متعلقا التكاليف لا موضوعاته لان مورد بعض المرفوعات منحصـر فى متعلق التكليف كالحسـد و الوسـوسه و الطيره فتعميم الرفع لموضوعـات التكـاليف كالسـفر و الحضـر و التفرق مـع عـدم الجـامع بين المتعلـق و موضوع التكليف لا وجه له فيجب أن يراد منه أنه لو شرب المكلف نسيانا أو كرها أو أفطر كک فشربه كالعدم

لا انه لو تحقق السفر أو الإقامه أو التفرق عن كره فوجوده كالعدم و لذا لا يلتزم أحد بأنه لو أقام مثلا عن كره يجب عليه القصر.

أما نقضه بالنسيان فهو متين و لكن لا وجه لجوابه الثانى بل لم يلتزم به فى الأصول و انه التزم فبه بعدم الفرق فى شمول حديث الرفع بين الموضوع و المتعلق لأن المرفوع بحديث الرفع هو الحكم المتعلق بفعل المكلف و هو قد يكون متعلقا للتكليف و المراد به ما يكون مطلوبا أو منهيا عنه و قد يكون موضوعا له و يكون الحكم مترتب عليه و المراد به ما كان شرطا للتكليف لا مطلوبا بنفسه فالأول مثل الشرب الذى هو متعلق النهى فى شرب الخمر و نحو ذلك و الثانى كالتفرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۵

الذى موضوع لسقوط الخيار فإنه على كل تقدير يرتفع بحديث الرفع كما هو واضح و قد عرفت أنه لم يلتزم بذلك فى الأصول.

و الحاصل أن المرفوع انما هو فعل المكلف الذى يقع عليه الإكراه و هذه قضيه حقيقيه فأيما تحققت يتحقق الحكم بمعنى أنه انما وجد الفعل و تعلق به الإكراه يكون هذا الفعل كعدمه بارتفاع الحكم بل لا يمكن الالتزام به أصلا فإن لازم ذلك أن يلتزم بثبوت الكفاره للإفطار فى شهر رمضان إذا كان عن إكراه بأن يقال أن المرفوع انما هو الحريه لان إفطاره كالعدم و أما الكفارات فهى تترتب عليه فان حديث الرفع لا يجعل الإفطار المتحقق الذى هو موضوع الكفاره كعدم الإفطار مع انه لم يلتزم به و كك لازم الفرق بين المتعلقات و الموضوعات فى مفاد حديث الرفع أن يلتزم بثبوت الكفارات للمحرمات فى باب الحج

التى حكم الشارع بثبوت الكفارات على ارتكابها عن العمد إذا صدرت عن اكراه و نسيان و غفله أيضا بأن يقال أنه لو أكره أحد على الصيد فى حال الإحرام أو نسى فاصطاد فتثبت له الكفاره لأن حديث الرفع لا يرفع موضوع الحكم فالصيد الذى موضوع لثبوت الكفاره غير مرفوع بل المرفوع انما هو الحكم التكليفى و متعلقاته أى جعل الصيد كعدمه بالنسبه إلى الحكم التكليفى و لم يلتزم المشهور بذلك.

و أما ما ذكره من الاستشهاد على عدم شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام بعدم كون الإقامه و السفر عن اكراه كغير الإقامه و كغير السفر حيث ان وظيفه المكلف فى الأول هو الإتمام و فى الثانى هو القصر مع أن لازم القول شمول حديث الرفع لموضوعات الاحكام هو الالتزام بكون الإقامه و السفر هنا كعدمهما.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۶

فهو محض اشتباه حيث ان المستفاد من الاخبار أن موضوع القصر و الإتمام انما هو علم المكلف بالإقامه و عدم علمه بذلك لا الإقامه الخارجيه و عدمها و أن العلم هنا تمام الموضوع لا جزئه و لذا لو علم بأنه يقيم فى مكان عشره أيام فصلى تماما ثم تبين انه لا يبقى إلا أربعه أيام صحت صلوته فلا معنى للنقض بأنه لو كان حديث الرفع شاملا لموضوعات الاحكام و رافعا لها أيضا للزوم القول بوجوب القصر مع الإكراه على الإقامه أو السفر و لذلك لا يرتفع النجاسه بالملاقاه عن نسيان أو عن إكراه لأن موضوع الحكم فيها هو الإصابه كما يظهر من الروايات و من هنا ذكرنا فى محله أن شرائط التكاليف قد تكون أمورا غير اختياريه كالوقت نعم التقيد بها أمر اختيارى أى تحت اختيار

المكلف.

و الحاصل أنه لا يمكن التمسك هنا بحديث الرفع لوجهين:

الأول أن الظاهر من حديث الرفع هو الإكراه يوجب رفع الحكم الثابت على ما اكره عليه من موضوع الحكم الذى ترتب عليه الحكم و من متعلقه الذى ترتب تعلق به الحكم و أما ترتب الحكم على الإكراه بعدم شى ء فلا يستفاد من حديث الرفع و توضيح ذلك انه إذا كان احد مضطرا إلى شى ء أو مكرها عليه أو ناسيا فكان الحكم المتعلق به أو المترتب عليه حراما فى الواقع مثلا فان حديث الرفع يرفع هذا الحكم كما هو الظاهر.

و أما لو كان الشى ء متروكا عن اكراه أو نسيان فلا يوجب حديث الرفع ترتب الحكم على العمد أى ليس الإكراه على عدم شى ء موردا لحديث الرفع و موجبا لثبوت الحكم الذى كان ثابتا مع عدم الإكراه مثلا إذا كان أحد يختار صلاه الجماعه لأن يستريح من المشكوك الطارئه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۷

عليه أو يستريح من قراءه الفاتحه فإذا أكرهه أحد على ترك الجماعه فلا يوجب الإكراه ترتب أحكام الجماعه عليه من عدم الاعتناء بشكه لانه حين ما كان يصلى الجماعه لا يعتنى بشكه لحفظ الامام و كك لو كان أحد متجهزا الى الجهاد و متلبسا بلباس الحرير لانه يجوز لبسه فى الحرب و لكن منعه شخص عن ذلك إكراه فإن الإكراه حينئذ لا يجوز لبس الحرير و الحاصل أن دليل الإكراه يرفع الحكم المترتب على الموضوع الذى أكره عليه أو المتعلق الذى تعلق به الحكم و لا يكون ناظرا أبدا إلى إثبات الحكم مع الإكراه على ترك موضوع ترتب عليه الحكم أو متعلق تعلق به الحكم أى لا يكون حديث الرفع متكفلا لإثبات الحكم

الذى ترتب على الموضوع أو تعلق بالمتعلق حين الإكراه بترك المتعلق و الموضوع.

نعم لو كـان حـديث الرفع شاملا للمباحات لكان الإكراه على البقاء موجبا لرفع جواز الفسـخ و لكنه فرض غير واقع فان حـديث الرفع يرفع الإلزام لا الجواز و على هـذا فلا يمكن الحكم ببقـاء الخيار مع الإكراه على التفرق بـدعوى أنه قـد اكره على التفرق فيكون الإكراه موجبا لإثبات حكم عدم التفرق و الاجتماع.

و اما توهم أن حـديث الرفع يرفع لزوم العقـد مع الإكراه على التفرق فهو توهم فاسـد فان التفرق ليس موضوعا لوجوب العقـد و لزومه و لا أنه ممـا تعلق به لزوم العقـد بـل هو غـايه للجواز و الخيـار الثـابت فى المجلس تخصـيصا لعموم وجوب الوفـاء بالعقد بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فمع التفرق ينتهى أمد الجواز.

و بعباره أخرى أن العقد كان لازما من الأول بدليل وجوب الوفاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۵۸

بالعقـد و قـد خرجنا عن ذلك فى زمن خيار المجلس أى بالجواز الثابت فى المجلس و قـد كان هـذا الجواز مغيا بالافتراق و إذا افترقـا حصـلت الغـايه لا أنه وجب البيع فـان وجوب البيع كـان من الأـول كمـا لا يخفى فالجواز انما هو ثابت مع انحفاظ أمرين أحدهما عدم الفسخ و الثانى عدم حصول الافتراق فافهم و اغتنم. فليس اللزوم مترتبا بالافتراق أو متعلقا به ليرتفع مع الإكراه على التفرق و يبقى الجواز على حاله.

الثانى أنه على تقـدير شـمول حـديث الرفع لما ذكر و كونه موجبا لإثبات الحكم و لكنه وارد فى مقام الامتنان و من الواضح أنه شموله للمقام على خلاف الامتنان فإنه يوجب أن ينتزع مال الغير منه بالفسخ و هو على خلاف الامتنان.

و الحاصل أنه ذكرت

وجوه سته على عدم سقوط الخيار بالتفرق عن اكراه مع عدم التمكن من الفسخ و قد عرفت أن شيئا منها لا يرجع الى محصل و قد عرفت أن من جمله ما استدل به على عدم سقوط الخيار و قد عرفت ما أجاب عنه المصنف و شيخنا الأستاذ و عرفت أيضا أن شيئا من المذكورات لا تصلح للجواب عن ذلك.

و قد عرفت أنا أجبنا عنه بجوابين الأول أن حديث الرفع لا يثبت الحكم على نقيض ما اكره عليه الشخص كالأمثله المتقدمه فلو اكره على التفرق فلا يوجب حديث الرفع إثبات الحكم اعنى عدم سقوط الخيار على عدم التفرق الذى هو نقيض التفرق.

الثانى أن حديث الرفع انما ورد فى مقام الامتنان و من الواضح أن الحكم بعدم سقوط الخيار لحديث الرفع على خلاف الامتنان لانه يوجب انتزاع مال الغير من ملكه فإنه بعد الحكم بعدم سقوط

الخيار فإذا أعمل الشخص خياره فيكون ذلك سببا لرد ما كان تملك المشترى مال البائع بالبيع و الشراء الى ملك البائع بالفسخ و رد الثمن الى ملك المشترى كك و هو على خلاف الامتنان.

ثم أجبنا عن أن حديث الرفع يرفع اللزوم المترتب على التفرق بأن التفرق غايه لسقوط الخيار و ليس موضوعا للزوم العقد و انما الموضوع له هو العقد و الموجب للزومه هو دليل الوفاء بالعقد و أما التفرق فليس سببا للزومه و انما هو غايه جواز الفسخ اعنى الخيار فى المجلس و لكن الظاهر أن هذا الجواب لا يفيد بيان ذلك قد تقدم فى جواب شيخنا الأستاذ أن فى الموضوعات المركبه لا يكون حديث الرفع رافعا للحكم المترتب عليها إلا بالإكراه على كلا

جزئى الموضوع كما إذا كان التكلم فى حال القيام حراما فإنه إذا أكره أحد على التكلم فى حال القيام فيرتفع الحكم بالحرمه عند الإكراه بحديث الرفع و هكذا و اما إذا كان أحد الأجزاء مقدورا و الآخر غير مقدور فلا موجب لرفع الحكم بحديث الرفع لعدم كون المترتب على الموضوع هما يترتب على موضوع اكراه أو متعلقا بما لمتعلق الإكراهى كما لا يخفى فافهم.

و لذا قلنا فى محله انه لا مانع من كون التكليف مشروطا بشروط غير مقدوره إذا كان متعلق التكليف أو المشروط بهذا الشرط الغير المقدور أمرا مقدورا و كان ذلك الأمر المقدور مقيدا بهذا الشرط الغير المقدور بحيث يكون التقيد مقدورا أى إتيان العمل مقيدا بهذا الشرط و هذه الكبرى و ان كانت مسلمه و لذا عرفت كون التكليف مشروطا بشرط غير مقدور و لكنه و لا يصح فى المقام و ليس ما نحن فيه من صغريات هذه الكبرى و ذلك من جهه أو أحد جزئى الحكم باللزوم هو العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۰

و قد تحقق على الفرض و الجزء الآخر التفرق و هو انما تحقق بالإكراه فلا يكون الموضوع الذى ترتب عليه الحكم اختياريا فعليا بل الكراهيا فيرتفع الحكم باللزوم بحديث الرفع نظير ما إذا كان موضوع الحرمه التكلم فى حال القيام كما تقدم و قد تحقق القيام باختياره و بعد تحققه بالاختيار فأكره القائم على التكلم فإنه ترتفع الحرمه حينئذ و ما ذكرناه من الكبرى فمورده قبل تحقق أحد جزئى الموضوع المركب فإنه ح الإكراه بأحد الاجزاء لا يوجب كون الموضوع إكراهيا ليوجب رفع الحكم بل المكلف بعد على اختياره بالنسبه إلى إيجاد الجزء الآخر فلا يكون

الموضوع إكراهيا حتى يوجب رفع الحكم كما لا يخفى.

ففى المقـام أن موضوع اللزوم هو العقـد و التفرق على الفرض كما عرفت فان دليل الوفاء بالعقـد و ان كان تمام الموضوع للزوم حين تحقق العقـد و لكن بعـد التخصـيص بأدله الخيار صار مقيـدا بالافتراق عن مجلس العقـد لان الخاص يوجب تعنون العام به فيكون الموضوع همـا معا اى العقـد و التفرق و قـد تحقق العقـد على الفرض و هو لا ينقلب عما هو عليه فهو أمر لا مناص عنه و مما لا بد منه و لكن التفرق أمر اختيارى فيدور سـقوط الخيار و عدمه على الفسخ و عدمه و على التفرق و عدمه و لكن إذا أكره أحـد المتبـايعين أو كلاهمـا على التفرق فيكون موضوع اللزوم متحققـا فى الخارج بالإكراه فيكون ذلك مشـمولا لحـديث الرفع فيرتفع الحكم المترتب على الموضوع بحديث الرفع كما لا يخفى فافهم فلا يتوهم أن الجزء الآخر و هو العقد قد تحقق بالاختيار فـإنه بعـد تحققه لا ـ ينقلب عمـا هو عليه نعم قبل العقـد فموضوع اللزوم هو العقـد و التفرق فإذا أكره على أحـدهما أوجـد الآخر بالاختيار لا يكون مترتبا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۱

على موضوع اكراهى كما لا يخفى.

و التحقيق فى الجواب أن يقـال أن الافعـال قـد يكون ظـاهرا فى الاختيـاريه و قـد يكون أعم من الاختياريه و غيرها أما الأول فلا شبهه فى كون الحكم المترتب عليها أو المتعلق بها مرتفعا عند الإكراه و أما الثانى فلا يرتفع بذلك لكونه أعم و بعباره أخرى قد يراد من الفعل هو الفعل النحوى من الماضى و المضارع و الأمر و نحوها فان ذلك إذا نسب الى الفاعل يكون أعم من

الاختياريه و غيرها كقولنا مات زيد أو قعد و تفرق و نحو ذلك و قد يكون المراد من الفعل ما يصدر من الفاعل- بالإراده و الاختيار فهذا ظاهر فى الاختياريه.

و عليه فان كان الفعل الاختيارى الصادر من المكلّف بالإراده و الاختيار متعلقا للتكليف كقوله لا تشرب الخمر أو من موضوعاته كقوله من أفطر فى شهر رمضان فله كذا كفاره فلا شبهه أن الحكم المتعلق به أو المترتب عليه يرتفع عند الإكراه بلا شبهه و أما الفعل الجامع بين الاختيارى و غيره فلا يرتفع عند الإكراه كالتفرق فيما نحن فيه حيث ان قوله (ع) ما لم يتفرقا فعل أعم من الاختيارى و غيره فيكون مع هذا العموم موضوعا للحكم فلا يكون الحكم المترتب عليه مرفوعا عند الإكراه و عليه فكما يسقط الخيار و بالتفرق بالإراده و الاختيار فكذلك يسقط الخيار بمطلق التفرق و ان كان بالإكراه و الاضطرار هذا كله فالنقض المذكور أى النقض بالنسيان كانفى فى الجوابيه عن عدم شمول حديث الرفع لما نحن فيه و الفرق و بين الإكراه و النسيان كما صنعه شيخنا الأستاذ لا يرجع الى محصل لعدم النص فى المقام فافهم.

و الوجه الرابع ما أشار إليه شيخنا الأنصارى (ره)

أن الظاهر من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۲

المطلقات الوارده فى جعل الخيار ما لم يفترقا هو ما كان التفرق عن رضا بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا فإذا كان عن غير اختيار لا يكشف عن الرضا فلا يوجب سقوط الخيار.

و فيه أولا أنه لا موجب لذلك و لا منشأ لهذا التبادر و بأى وجه نستكشف عن كاشفيه التفرق الذى يوجب سقوط الخيار عن الرضا كما لا يخفى.

و ثانيا أنه يلزم الالتزام بذلك فى صوره النسيان أيضا فإنه ليس

التفرق نسيانا أو غفله كاشفا عن الرضا بالعقد مع ان المشهور التزموا بسقوط الخيار بالتفرق مع النسيان و الغفله كما لا يخفى فافهم.

الوجه الخامس ما ذكره المصنف أيضا من صحيحه «1» الفضيل

فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط في السقوط الخيار الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس الا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذا لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعا و الحاصل أن النص انما يدل باعتبار التفرق مع الرضا في سقوط خيار المجلس و من الواضح أنه منتف في صوره التفرق مع الإكراه فلا يكون الخيار ساقطا مع عدم التمكن من الفسخ.

و فيه أن الروايه و ان كانت صحيحه و لكن لازم من ذكره المصنف ان يكون الحال كك في صوره النسيان أيضا و ليس كك على ما ذكره المشهور و أما معنى الروايه و اللّه العالم أن المراد من قوله (ع) فلا خيار بعد الرضا منهما هو الرضا الجديد بالعقد ليكون الحديث دالا على اعتبار كون التفرق كاشفا عن الرضا بالعقد بكون التفرق و عدم الفسخ عن الرضا

---

(1) وسائل ج 12 ص 346.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج 6، ص: 163

بل المراد من هذا الرضا هو الرضا الاولى المتعلق بالعقد حين البيع غايه الأمر أنا خرجنا من ذلك في زمن الخيار و مع التفرق يكون الرضا الاولى باقيا على حاله أيضا لا أن هنا رضا جديدا متصلا بالتفرق و بعباره اخرى أن المراد من الرضا في الروايه الرضا الذى ثبت عليه لزوم العقد لا الرضا بالعقد و بعدم الفسخ عند التفرق لكونه هو الذى وقعت المعامله عليه كما هو المفروض فان البيع لم يقع عن اكراه.

الوجه السادس ما ذكره المصنف أيضا في ذيل الصحيحه

فكأنه ره طبق الصحيحه عليه و قال أو يقال انّ قوله بعد الرضا إشاره إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا

عن رضاهما بالعقد و اعراضهما عن الفسخ.

و فيه أيضا انه ظهر جوابه ممّا ذكرناه بدعوى أنه من اين علم كون التفرق مسقطا للخيار لكونه كاشفا نوعا عن الرضا بالعقد.

و فيه انه ظهر جوابه ممّا تقدم من أنه على تقدير تماميته يجرى فى صوره النسيان أيضا فإنه ليس التفرق هنا كاشفا عن الرضا نوعا مع أن المشهور التزموا بسقوط الخيار عنده كما عرفته. و من هن ظهر انه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الفارق بين الإكراه و النسيان هو النص حيث قال ان النص دل على سقوط الخيار مع الافتراق نسيانا و وجه الاندفاع أنه لم نجد نصا يدل على ذلك و أما صحيحه الفضيل فهى أجنبيه عن المقام فتحصل ان الخيار يسقط بجميع أقسام التفرق كما لا يخفى.

قوله مسأله لو أكره أحد على التفرق و منع عن التخاير و بقى الآخر فى المجلس

أقول بناء على أن التفرق يوجب سقوط الخيار مطلقا سواء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۴

كان بالإكراه أو بغيره و سواء كان عن التفاوت أو بغيره فلا مجال للبحث على هذه المسأله فإنه بجميع اقسامه يوجب سقوط الخيار و أمّا بناء على أن التفرق الحاصل عن اكراه لا يوجب سقوط الخيار فنقول: قد يكون تفرق كل من المتبايعين عن الاختيار و قد يكون احد هما عن اختيار و الآخر بغير اختيار و على الأول فقد يكون كل منهما أيضا متمكنا عن الفسخ أيضا و قد لا يكون كلاهما أو أحدهما كك و على الثانى فقد يكون أحدهما مكرها على التفرق و ترك التخاير أيضا و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبه أو التخاير و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرها مع المنع من التخاير و ذهاب الآخر اختيارا فذكر المصنف أن

محل الاختيار فی التفرق فهل لا بدّ من کون کل من المتبایعین مختارا فی التفرق بحیث أن الغایه لسقوط الخیار هو التفرق منهما اختیارا أو یکون فی سقوط خیار المجلس کون أحدهما مختارا فی التفرق فقط و ان لم یکن الأخر کک و علی الأول فهل التفرق الموجب لسقوط الخیار بعنوان الاستغراق بمعنی أن تفرق کل منها یوجب سقوط خیار نفسه أو بعنوان المجموع بمعنی أن تفرقهما مجموعا عن اختیار یوجب سقوط خیارهما و علی الثانی فهل یکون مجرد کون أحدهما متفرقا بالاختیار موجبا لسقوط الخیار عن الآخر الذی کان باقیا فی المجلس أو یفصل بین بقاء المختار فی المجلس فالثبوت لهما و بین مفارقته فالسقوط عنهما و قد اختار القول بهذا التفصیل العلامه (ره) فی التحریر اذن فالأقوال فی المسأله أربعه.

و التحقیق أنه لا بدّ من ملاحظه مدرک الحکم باعتبار الاختیار فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۵

التفرق و ترک التخایر فی المسأله السابقه فإن کان مدرکه هو الإجماع فبناء علی حجیته و انجباره بالشهره الفتوائیه کما فی المتن فلا یشمل المقام فان المتیقن منه ما إذا کان کل من التفرق و ترک التخایر إکراهیا من الطرفین فلا یشمل ما إذا کان أحدهما مختارا فی ذلک فإنّه دلیل لبی فلا بدّ من أخذ المتیقن منه.

و أما إذا کان مدرک اعتبار الاختیار فی التفرق الموجب لسقوط الخیار هو غیر الإجماع فالظاهر أنه لا یسقط الخیار الا بحصول التفرق بالرضا و الاختیار من الطّرفین و انه لا یمکن الاکتفاء بتفرق واحد منهما عن اختیاره مع کون التفرق من الأخری عن غیر اختیاره و الوجه فی ذلک أن التفرق من الأمور الإضافیه و من المقولات النسبیه

كعنوان الأبوه و و البنوه و الاخوه و العمومه و السببيه و المسببيه و العليه و المعلوليه و غيرها من المقولات الإضافيه و من الواضح أن شيئا من المقولات الإضافيه لا توجد فى الخارج و لا تحقق الّا بالطّرفين فلا يعقل الأبوه بدون الابن و لا البنوه بدون الأب و هكذا سائر المقولات الإضافيه.

و مفهوم التفرق أيضا ككك فإنه لا يتحقق الا بالطرفين فإنه عباره عن انفصال شى ء عن شى ء و افتراق جسم عن جسم فلا يعقل أن يصدق هذا العنوان على شى ء واحد فقهرا يعتبر افتراقه عن شى ء آخر و يلاحظ باعتباره و عليه فلا يسقط الخيار المجلس الذى كان مغيا بالافتراق الّا بافتراقهما ثم نقول أن هذا المفهوم و ان لم يعتبر فى تحققه الاختيار كما تقدم لا من حيث الماده و لا من حيث الهيئه لصدقه على الجمادات أيضا فضلا عن اعتبار الاختيار فيه فإنه يصح أن يقال أن الجدار افترق بعضه عن بعض و ككك يصح نسبته الى كل جماد و غيره باعتبار انفصال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۶

بعض أجزائه عن بعض فإنه بمعنى الانفصال فكما لا يعتبر فيه ذلك فلا يعتبر فى الافتراق أيضا ذلك.

و لكن مع لحاظ تلك الداله على اعتبار الاختيار فى التفرق فيكون التفرق الحاصل من الإكراه و بعدم الرضا من أحدهما كعدم التفرق فلا يكون موجبا لسقوط الخيار فتكون النتيجه هو سقوط الخيار بمجموع التفرق منهما باختيار كليهما مع عدم المنع من التخاير.

أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو تبادر اختياريه التفرق بدعوى أن المتبادر من الفعل المسند الى الفاعل المختار هو اختياريته فلان ما يكون صادرا عن غير اختيار لا يكون تفرقا أصلا

كما هو المفروض و عليه فلا يكون خروج أحدهما و لو باختياره عن المجلس تفرّقا.

و أما إذا كان دليل اعتبار الاختيار هو صحيحه الفضيل من كون التفرق الحاصل برضاهما موجبا لسقوط الخيار فلانه مع كون أحدهما مكرها على التفرق لا يكون التفرق منهما كاشفا عن رضاهما فلا يكون موجبا لسقوط الخيار و من هنا ظهر أنه بناء على كون التفرق كاشفا عن الرضا النوعى كما ذكره المصنف فى ذيل الصحيحه فلا يكون التفرق الحاصل باختيار من أحدهما دون الآخر موجبا لسقوط الخيار لعدم كشفه عن الرضا نوعا.

و أما لو كان دليل اعتبار الاختيار فى التفرق هو حديث الرفع كما هو العمده فلان التفرق الحاصل بالإكراه من أحدهما كعدم التفرق و حينئذ فيكون ما يتحرك و يخرج باختياره فى حكم العدم بحديث الرفع فقد عرفت أن التفرق من المقولات الإضافيه فلا يتحقق من شخص واحد أو فى شى ء واحد بل لا بدّ و أن يتحقق بين شيئين فحيث كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۷

تفرق المكره فى حكم العدم بحديث الرفع فلا يصدق عنوان التفرق على خروج الأخر أيضا و ان كان خروجه بالاختيار كما هو واضح.

و بالجمله فلا نعرف وجها صحيحا بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق المسقط للخيار لسقوط الخيار إذا كان أحدهما مختارا فى التفرق و الآخر مكرها فى ذلك.

و لكن هنا شى ء و هو أنه ورد فى الصحيحه على ما تقدم أنه قال (ع) فلمّا استوجبت البيع قمت فمشيت خطأ ليجب البيع فان الظاهر منه أنّ التفرق من طرف واحد يوجب سقوط الخيار و وجوب البيع فإنه (ع) لم يتعرض بكون تفرقه كان مع التفاوت الآخر و اختياره فيكون إطلاق كلامه

شاملا ـ لكون الطرف الآـخر مكرهـا فى البقـاء أو غافلا ـ عن تفرقه (ع) فيكون دالا على كفايه التفرق من طرف واحـد عن رضا و اختيـار و لكن ذلـك لا ـ يزيـد عن حكـايه فعل المعصوم (ع) فلا إطلاق فيه فلعله مشـى مع التفات الآخر و عـدم متابعه الآخر مع التفاته و اختياره فلا يكون دليلا لكفايه التفرق الاختيارى من طرف واحد مع كون الطرف الآخر مكرها فى ذلك.

قوله مسأله لو زال الإكراه فالمحكى عن الشيخ و جماعه امتداد الخيار بامتداد مجلس

أقول: إذا ارتفع الإكراه بعـد التفرق عن كره فهل يكون خياره فوريّا كما زعمه بعض أو يكون ممتـدّا الى أن يطرئه المزيل الآخر غير التفرق لحصول التفرق أو المنـاط فى التفرق هو التفرق بعـد زوال الإـكراه عن الهيئه التى كـان المتعاملان عليها فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد.

أما الوجه الأخير فذكر المصنف أن الهيئه الاجتماعيه الحاصله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۸

حين العقـد قـد ارتفعت حسّـا غـايه الأمر عـدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسـبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس زوال العقد و الحاصل أن الباقى بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غايه هذا الخيار فلا بدّ اما من القول بالفور كما عن التـذكره و لعله لان المقدار الثابت يقينا لاسـتدراك حق المتبايعين و اما من القول بالتراخى الى ان يحصـل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأدله.

و بالجمله فالقول بامتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال لا وجه له لعدم كونه خارجا عن ظهور الأدله فيدور الأمر بين القول بفوريه الخيار و بين القول باستمراره ما لم يطرئه مزيل غير التفرق لان المورد من موارد دوران الأمر بين التمسّك بالعام و هو هنا ما

دلّ على اللزوم و بين استصحاب حكم المخصص لانه لم يدل دليل على ثبوته بالخصوص بعد زوال الإكراه.

أقول قد تعرض المصنف فيما يأتى لحكم الخيار فيما لم يدل عليه دليل بالخصوص و دار الأمر فيه بين التمسّک بالعام فيكون الخيار فوريّا و بين استصحاب حكم المخصص و يكون الخيار مستمرا و تعرّضه فى خيار الغبن.

و لكن المورد ليس من هذا القبيل و الوجه فيه هو أن التفرق قد حصل بين المتبايعين و لو كان بالإكراه و بعدم الرضا و لا ينقلب الشىء عمّا هو عليه فان التفرّق هو افتراق جسم عن جسم و انفصال كل منهما عن الآخر فهو حاصل لا محاله بل قد عرفت فيما سبق أنه لا يعتبر الاختيار لا فى ماده التفرق و لا فى هيئه الا أنه مع ذلک فهذا التفرق كعدمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۶۹

من حيث عدم ترتب الأثر عليه فى نظر الشارع و ذلک لانه قد دلّت الأدله السّابقه على عدم كون التفرق بنفسه غايه لسقوط الخيار بل هو مع القيد الآخر الوجودى كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه و العدمى كما هو مقتضى بعض الوجوه الآخر فإنه على تقدير انصراف الفعل الى الفعل الصادر عن الفاعل المختار كما هو مقتضى بعض الوجوه السابقه أو على فرض اعتبار الرضا فى التفرق لصحيحه فضيل أو لكشف التفرق عن الرضا نوعا فيكون التفرق المقيد بالرضا موجبا لسقوط الخيار فحيث كان التفرق عن كره عادما للرضا و حاصلا بدونه فيكون لغوا و لا يترتب عليه تمر أصلا فيكون أدله الخيار محكمه لعدم حصول الغايه و بعد ذلک لا تحصل تلک الغايه أيضا فإن التفرق قد حصل بالإكراه قطعا و

قد عرفت أن الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه و بعده لا يعقل حصول التفرق عن الرضا فإنه ذكر المصنف أن المراد من الرضا هو الرضا المقارن بالتفرق و بعد حصول التفرق بلا رضا كيف يمكن حصول التفرق ثانيا مع الرضا كما لا يخفى.

و على تقدير أن يكون دليل عدم تأثير التفرق عن اكراه و ثبوت الخيار معه هو دليل رفع الإكراه فتكون الغايه لارتفاع الخيار هو التفرق عن غير كره فيكون القيد عدميّا فلا يرتفع الخيار بالتفرق الخالى عن عدم الإكراه فبعده لا يمكن حصول التفرق عن غير كره لحصول التفرق مستقلا فلا ينقلب الشى ء عما هو عليه و على هذا فيكون الخيار باقيا و ممتدا ما لم يطرئه المسقط الآخر بمقتض أدله الخيار لكونها مغياه بغايه اما الوجودى أو العدمى فإذا حصل التفرق بغير تلك الغايه فيكون الخيار باقيا على حاله الى الأبد فلا يمكن أن يكون التفرق بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۰

ذلك مسقطا له و اعتبار التفرق عن مجلس زوال الإكراه كما توهّمه بعضهم خارج عن مفاد أدله الخيار كما ذكره المصنف فان الاعتبار فى تلك الأدله على التفرق عن مجلس العقد عن كل مجلس و على كل حاله فالحق أنه بناء على اعتبار الاختيار فى التفرق فالخيار باق مع التفرق الإكراهى حتى بعد ارتفاع الإكراه الى أن يطرئه المسقط الآخر غير التفرق كما لا يخفى فافهم.

و الحاصل أنه إذا قلنا بعدم سقوط الخيار بالتفرق الإكراهى فإذا زال الإكراه فهل الخيار فورى أو مستمر كما هو مورد النزاع فى كل مورد ثبت الخيار بغير دليل اجتهادى من الامارات فإنه يدور الأمر بين التمسك بعموم أدله اللزوم فيكون الخيار فوريا

و بين التمسّک باستصحاب حكم المخصّص فيكون الخيار مستمرا ذكر المصنف (ره) أنّه ذكر بعضهم أنّ المناط على التفرق بعد زوال الإكراه فالمناط هو مجلس زوال الإكراه و ذكر أنه لا وجه لذلك لانه ليس لنا ما يدل على جعل مجلس زوال الإكراه مجلس العقد بحيث يكون التفرق عن ذلك المجلس مسقطا للخيار و انّما الأدله دلّت على أن الخيار باق و لم يرتفع بالتفرق و أما التفرق فهو حسى لا شك فيه و أدله الخيار ساكت عن غايه هذا الخيار أى الأدله الداله على ثبوت الخيار مع التفرق عن إكراه ساكته عن بيان أمد الخيار بل هى ناظره إلى أصل ثبوت الخيار و عدم سقوطه بالإكراه كما لا يخفى و أما بيان الأمد فخارج عنها فافهم فيكون هذا الخيار من مصاديق ما سيأتى فى خيار الغبن من ثبوته بغير نص فيدور الأمر فيه بين القول بفوريه الخيار و بين استصحاب حكم المخصّص و القول بثبوته مستمرا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۱

أقول: أما ما افاده من عدم دلاله الدليل على جعل التفرّق كعدم التفرّق فهو متين جدا فان التفرّق حاصل تكوينا فلا يمكن أن بعد ذلك غايه للخيار فإن الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه و الحاصل أنه لا يمكن القول بأن المناط هو التفرّق عن مجلس زوال الإكراه فى سقوط خيار المجلس فإنه كما ذكر المصنف لم يدل دليل على تنزيل مجلس الزوال منزله مجلس العقد و لا على بقاء التفرّق و أن الحاصل منه كعدم بحيث يلاحظ ذلك جديدا بعد زوال الإكراه فإنه كما عرفت قد حصل التفرق حسا فلا يمكن أن يكون ذلك غايه للخيار بعد و لكن ما ذكره من

جعل الأمر دائرا مدار فوريه الخيار للتمسک بعموم أدله اللزوم فإنه يقتصر فيما لم يدل دليل خاص على ثبوت الخيار على المتيقّن و هو الفور و اما من الرجوع الى استصحاب حكم المخصّص و الحكم بثبوت الخيار على الدوام و وجه الضعف هو أنا نحكم بثبوت الخيار هنا تمسّكا بعموم أدله الخيار و لا يسقط ذلک الا بمسقط آخر غير التفرق فان التفرّق الحاصل بالإكراه لا يكون غايه لسقوطه فإنه لم يكن بما هو تفرّق غايه لسقوط الخيار بل الغايه انما هو التفرق المقيد بعدم الكره بناء على أن دليل الدال على اعتبار الاختيار هو دليل رفع الإكراه و المقيد بقيد وجودى و هو الرضا بناء على أن دليل اعتبار الإكراه هو صحيحه الفضيل أو انصراف الفعل الى الفعل الصادر من الفاعل المختار فالحاصل على كل تقدير هو التفرق و هو بنفسه ليس غايه و ما هو غايه أعنى التفرّق المقيد فلم تحصيل فيكون المورد مشمولا لأدله الخيار فتكون أدله الخيار دالا على ثبوته من غير أن يكون مغيا بغايه إذا الغايه كما عرفت هو التفرّق المقيد بأحد القيدين المذكورين و من الواضح أنه حصل بغير ذلک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۲

القيد فلا يمكن أن يحصل بعد ذلک فتكون داله على بقاء الخيار إلى الأبد ما لم يطرء عليه مسقط آخر غير التفرّق.

و على الجمله فالخيار ثابت هنا بإطلاق أدله الخيار فلا يقاس ذلک بما يأتى فى خيار الغبن من أنه مع عدم ثبوت الخيار بالنص مع ثبوته قطعا فلا بدّ اما من القول بالفوريه تمسكا بعموم أدله اللزوم أو القول باستصحاب حكم المخصص تمسّكا بالاستصحاب.

قوله و من مسقطات هذا الخيار التصرّف

أقول لم

يرد فی نصّ و لا فی روایه ان التصرف یوجب سقوط خیار المجلس أو خیار الشرط الا أن یدعی بقیام الإجماع علیه و هو کما تری نعم ذلک فی خیار الحیوان و قد تمسّک المصنف و جعل التصرف مسقطا للخیار و التعلیل المذکور فی بعض أدله خیار الحیوان حیث قال فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل ثلثه أیام فذلک رضا منه فلا شرط فإن المنفی یشمل شرط المجلس و الحیوان ثم عقب قوله هذا بالتأمل و هو فی محله بیان ذلک أنه لا یمکن التعدّی عن مورد الروایه و هو خیار الحیوان الی غیره فان سقوط الخیار فیه انما هو بالتعبد و التعلیل وارد فی مورد التعبد فلا یمکن تسریته الی غیره لأنه لا شبهه أن التصرف مسقط لخیار الحیوان سواء کان مقارنا بالرضا أم لا- حتی لو صدر مع الغفله عن حکمه فیکون أیضا مسقطا کما إذا اشتری الجاریه فقبلها بتخیل انها مملوکه له مع عدم کونه راضیا بالبیع أی رضاء جدیدا غیر الرضا بأصل العقد بل یرید التروی و مع ذلک لیکون مسقطا کما فی روایه أخری أریت ان لا مس أو قبل فذلک رضی فیه بالبیع و علی هذا فکیف یمکن التعدی الی غیر مورده مع ما نری بالعیان و نشاهد-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۳

بالوجدان أن التصرف لا یکشف عن الرضا بالبیع.

نعم لا نضائق باستفاده الکبری الکلیه من هذه الروایه و هی أنه یسقط الخیار بإسقاط ذی الخیار لکونه راضیا بالبیع کما أشرنا الی ذلک فی التکلم علی أن إسقاط الخیار یوجب سقوطه أم لا.

و أما الزائد عن ذلک فلا اذن فالحق أن تصرف المتبایعین أحدهما أو کلاهما فیما

انتقل إليهما لا يوجب سقوط الخيار كما لا يخفى الّا أن يدعى فى المقام إجماع على مسقطيه التصرّف فهو كما ترى.

(فى خيار الحيوان) قوله

الثانى خيار الحيوان،

اشاره

أقول: لا خلاف بين الفرقين فى ثبوته فى الجمله فى بيع الحيوان و انما الكلام فى خصوصيّه ذلك

و يقع الكلام فى ذلک فى جهات عديده.

الاولى أن المراد بالحيوان هل هو مطلق الحيوان أو ما لم يقصد منه الا لحمه

فظاهر النص و الفتوى هو العموم فيشمل كل حيوان حتى الزنبور و الجراد و السمک و نحوها.

و لكن ذكر المصنف أنه لا يبعد اختصاصه بما كان المقصود منه حياته فى الجمله فبمثل السمک المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء خارج عن مورد هذا الأدله لأنها لاتباع من حيث انها حيوان بل من حيث انه لحم ثم أشكل على نفسه بالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب.

و ان كان مراده من ذلک الكلام أن ما يقصد لحمه بشخصه فلا خيار فيه فلا بدّ و أن يلتزم بما لم يلتزم به أحد بأن يقول بسقوط الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۴

فيما كان الشراء للحمه أو لأجل الهدى و نحوه ثم بدئ فلم يذبح فإنه لم يقل أحد و لم يتوهم متفقه بسقوط الخيار هنا و ان كان غرضه أن ما كان بنوعه مقصودا منه اللحم فلا خيار فيه.

و فيه أولا أنه من اين استفيد هذا الحكم مع كون الأدله مطلقا و ثانيا أنه أمر لا ينضبط إذ يمكن أن يكون غرضه المشترى فيما كان الغرض النوعى منه اللحم أن يكون هو الإبقاء كالسمک مثلا نعم فى مثل الجراد لا يكون غرض للإبقاء و ثالثا قد لا يمكن ان يكون الغرض فى بعض الحيوانات الحياه من النوع الذى قصد منه الحياه كما إذا أصابه جرح من السهم أو من الكلب كالغزال مثلا بحيث لا يعيش مع أن الغرض تعلق بحياته و بالجمله أن هذا الحكم لا يمكن تصديقه نعم قد يتعلق الغرض بكون

المراد من الحيوان هو اللحم فقط حتى لو ذبحه البائع ثم أعطاه لا يضمن بشى ء أصلا و قد ذكرناه فى البحث عن بيع هياكل العباده المتبدعه أنه قد يكون الغرض الأصيل من المبيع هو الماده فقط كبيع الصليب للحطب و عليه فلا تلاحظ الهيئه أصلا و لو كان فيها عيب و ككك فى المقام فإذا كان المقصود بالذات هو اللحم فلا يلاحظ الهيئه أصلا.

ثم انه فيما ثبت الخيار فظاهر الإطلاقات أن الخيار يمتد الى ثلثه أيام فلا يكون فوريا.

ثم ذكر المصنف أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع الشخصى أو يعم الكلى أيضا

ثم قرب اختصاصه بالشخصى و لكن لا ندرى من اين جاء هذا الاحتمال و دعوى أن الحكمه من جعل الخيار و هو التروى مختصه بالمبيع الشخصى لعدم جريانه فى الكلى مجازفه لعدم لزوم الاطراد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۵

فى الحكمه أو لا و لأن المراد من التروى فى أصل البيع لا فى المبيع و هو جار فيما إذا كان المبيع كليا و هذا ثانيا فلا مجال لهذا الاحتمال أصلا

قوله ثم أنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاقد الإجماع

أقول قد يكون الكلى فى المعين و قد يكون فى الذمه و على الثانى قد يكون حالا و قد يكون مؤجلا كالسلم و قد تقدم أقسامه فى بيع صاع من صبره أما الأول فلا شبهه فى ثبوت خيار الحيوان فيه و الشيخ أيضا لم يستشكل فيه بل كلامه ناظر الى القسمين الأخيرين فإن القسم الأول نظير البيع الشخصى كما إذا كان عنده حيوانان متماثلان فيبيع أحدهما أو انسانان متماثلان فيبيع أحدهما فإنه يكون الخيار ح ثابتا للمشترى أوله و للبائع معا.

و أما القسم الثالث

من الكلى فذكر شيخنا الأستاذ أنه يختص بالبيع الشخصى بدعوى أن المشترى لا يملك مطالبه الكلى فى باب السلم قبل موسم قبضه فلا يمكن جعل مبدء الخيار قبل حلول الأجل و أما بعد القبض فلا دليل على أن مبدء الثلاثه من حين القبض فهذا القسم لو لم يمكن الالتزام بثبوت الخيار فيه لا يمكن الالتزام بثبوته فى الكلى الحالى لعدم الفرق بينهما.

ثم ذكروا أن أدله الخيار منصرفه عن بيع الكلى و أن حكمه ثبوته هى النظره و التروى فى مده ثلثه أيام حتى يبين أن الحيوان الذى اشتراه هل فيه نقص أم لا و أنه صلاح له أم لا و من الواضح أن هذه الحكمه غير جاريه فى الكلى فى الذمه إذ لم يسلم المبيع فيه بعد حتى يتروى المشترى فيه و يرى أنه صلاح له أولا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۶

أقول: الظاهر ثبوت الخيار فى بيع الحيوان فى البيع الشخصى و الكلى أيضا بأقسامها الثلثه أما ما ذكروه من الانصراف فلا وجه له بوجه بعد ما كانت الأدله مطلقه و لا نعرف منشأ للانصراف خصوصا بعد ملاحظه أن خيار الحيوان قد ذكر فى بعض الأحاديث مع خيار المجلس و من الواضح أنه لو يستشكل أحد فى ثبوت خيار المجلس فى البيع الكلى و ليس بينهما فرق و لا فى أحدهما خصوصيته الا أن أمد خيار الحيوان الى ثلثه أيام و أمد خيار المجلس الى حين الافتراق فلا وجه لتخصيص خيار الحيوان بخصوصيته دون خيار المجلس.

و أما ما ذكروه من أن حكمه خيار الحيوان هو التروى و ملاحظه ان الحيوان صلاح للمشترى أم لا و فيه أولا أن الحكمه غير ساريه الى جميع الافراد

بل قد توجد فى بعض الافراد و قد لا توجد كما هو شأن الحكمه فى كل مورد.

و ثانيا أن ثبوت خيار الحيوان و ان كان هو التروى الا ـ أنه لا بدّ من التروى فى البيع و ملاحظه أنه صلاح للمشترى أو لا دون التروى فى المبيع و من الواضح أنه بناء على هذا فللمشترى أن يتروى فى البيع لكى يرى أنه صلاح له أم لا و أما ما ذكره شيخنا الأستاذ فيرد عليه أن بيع السلم ليس ببيع قبل القبض بل هو قبله نظير الإيجاب الخالى عن القبول فكما أن الإيجاب الخالى عن القبول ليس ببيع فكذلك بيع السلم فإنه قبل القبض ليس ببيع و انّما يتم و يكون بيعا بعد القبض كما أن الإيجاب يكون بيعا مع القبول و عليه فلا بأس من القول بثبوت الخيار فى بيع السلم و يكون مبدئه حين تحقق القبض كما لا يخفى فيكون مشمولا لأدلّه خيار الحيوان و على الجمله لا نرى مانعا عن شمول أدلّه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۷

خيار الحيوان لكل بيع حيوان سواء كان البيع شخصيّا أم كليّا و سواء كان الكلى فى المعين أم فى الذمه مؤجلا أم حالا فدعوى انصرافها عن القسمين الأخيرين من الكلى دعوى جزافيه كما لا يخفى.

قوله المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى

أقول فى المسأله ثلثه أقوال الأول اختصاص الخيار بالمشترى و هو المشهور بين الأصحاب حديثا و قديما الثانى ثبوته للبائع و المشترى معا و هو المنسوب الى السيّد المرتضى و هو أول من ذهب الى هذا القول و لعل مراده فيما كان المبيع حيوانا دون ما كان الثمن حيوان.

الثالث ثبوته لصاحب الحيوان سواء كان هو البائع أم المشترى و أما مدارك

الأقوال فمدرک القول الأول هو جمله من الروايات «۱» الداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى و فى بعضها تصريح بذلك و فى بعضها نظره ثلثه أيام أى مهله ثلثه أيام و لا شبهه أن جمله منها صحيحه و بعضها موثقه.

و مدرک القول الثانى صحيحه «۲» محمّد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلثه أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلک من بيع حتى يفترقا:

فإنها قريب من الصراحه فى كون الخيار ثابتا لكل من البائع و المشترى.

و مدرک القول الثالث صحيحه محمد بن مسلم أيضا المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلثه أيام و فى بعضها قيّد صاحب الحيوان بالمشترى كما فى موثقه بن فضّال «۳».

---

(۱) وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۰ باب ۴ حد ۱ و حد ۹ من باب ۳ و ۵.

(۲) وسائل ج ۱۲ باب ۳ و ۳۴ حد ۳.

(۳) وسائل ج ۱۲ ص ۳۴۹ حد ۲.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۷۸

أما الطائفه الاولى من الروايات فلا شبهه فى دلالتها على اختصاص الحكم بالمشترى بل قد عرفت أن بعضها صريح فى ذلک فتدل بمفهومها على نفى الخيار عن غير المشترى لا- من جهه القول بمفهوم الوصف بل هى مسوقه لبيان التحديد و أن خيار الحيوان لا يثبت فى غير المشترى و هذا هو صريح الأسئله فى بعضها و صريح الجواب فى بعضها الآخر و أصرح من الكل روايه «۱» قرب الاسناد حيث فصل فيها ثبوت الخيار للمشترى أو البائع أو لهما و هذا واضح.

و نظير ذلک التحديد ما ورد فى بعض روايات عدم تنجس الماء الكر حيث سئل (ع) أى مقدار لا ينجس و لا ينفعل من الماء قال (ع) كر من

الماء فان الجواب حيث كان فى مقام التحديد فيدل على المفهوم و كذلك ما ورد فى قصر الصلاه حيث سئل فى كم يقصر المسافر قال فى أربعه فراسخ ذهابا و إيابا أو ثمانيه فراسخ ذهابا على ما هو مضمون الروايه.

و على هذا فتقع المعارضه بين هذه الطائفه و صحيحه محمد بن مسلم و عليه فان كان مجرد تعدد الروايه موجبا للترجيح فنأخذ الروايات الداله على اختصاص الخيار بالمشترى و لكن قد ذكرنا فى مبحث التعادل و الترجيح أن الشهره على تقدير كونها مرجّحه ليس معناها أن يكون احد المتعارضين أكثر من حيث العدد من الأخر بل كون الروايه ظاهرا فى نفسها لكونها منقوله فى الأصول و لم يكن نادرا و لذا جعلها فى الروايه من الأمر البين رشده و من الواضح أن كل من الطائفه الداله على

---

(۱) وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۰ حد ۹.

اختصاص الخيار بالمشترى و صحيحه محمد بن مسلم من الأمور البينه رشدها كما لا يخفى.

و عليه فلا بدّ من أخذ مرجح آخر و من الواضح أن ما دل على اختصاص الخيار بالمشترى موافق لعموم الكتاب و السنه دون الصحيحه فإن العمومات كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قوله (ع) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع و غير ذلك من العمومات الداله على اللزوم فلو لا المعارضه بين الروايات لأخذنا بصحيحه محمد بن مسلم و نخصص بها العمومات و لقلنا بعدم لزوم البيع و بالنسبه إلى المتبايعين فى بيع الحيوان لثبوت الخيار للمتبايعين كما أنها خصصت بثبوت خيار المجلس لهما

كما لا يخفى.

و لكن لأجل المعارضه لا يمكن الأخذ بها فلا بدّ من الأخذ بما هو موافق للكتاب كما لا يخفى و اذن فلا بدّ من رفع اليد عن صحيحه محمد بن مسلم مع جلالته و عظمته لقانون المعارضه و يؤيد ذلك اعتضاد ما دل على اختصاص الحكم بالمشترى بالشهره بل قيل ان روايه محمّد بن مسلم قد اعرض عنها الأصحاب و لم يعمل بها إلا السيد المرتضى.

و قد يقال بتأويل روايه محمد بن مسلم بأن المراد منها هو ثبوت الخيار للمشترى و حيث أن البائع طرف له و يقع الخيار بينهما و لذا قيل المتبايعان بالخيار.

و لكنه تأويل بارد و على خلاف الظاهر بل خلاف الصراحه منها فلا يمكن حمل الصحيحه عليه فإنه حمل بلا وجه.

و قد يقال بأن المراد من الصحيحه هو صوره كون العوضين حيوانا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۰

بأن يكون كل من الثمن و المثمن حيوانا فإنه حينئذ يكون كل منهما ذى خيار.

و لكن يرد عليه أولا أنه خلاف ظاهرها بل خلاف صراحتها.

و ثانيا إن حملنا الصحيحه على هذا الاحتمال لزم أن يهمل الامام (ع) حكم ما هو الغالب فإن الصحيحه على هذا يتعرض حكم بيع غير الحيوان بقوله و فى غير الحيوان حتى يفترقا و أيضا تعرض حكم البيع الذى اشتمل على كون كل من العوض و المعوض حيوانا و لكن أهمل ما هو الغالب اعنى ما يكون المبيع حيوان فهو بعيد غايته و قد يتوهّم أن التعليل فى بعض الروايات من الطائفه الأولى يدل على اختصاص الحكم بالمشترى فيما كان المبيع حيوانا لان قوله (ع) نظره ثلثه أيام هو منطبق على المشترى فله أن ينظر ثلثه أيام

و فيه أن النظره بمعنى المهله فليس هنا تعليل أصلا فهو اشتباه محض و أما الطائفه الثالثه الداله على أن صاحب الحيوان بالخيار سواء كان هو البائع أو المشترى فقد يقال باختصاص هذه الطائفه بالمشترى بدعوى أنه ذكر فى بعضها صاحب الحيوان المشترى بالخيار فيكون مطلق مقيدا بذلك و فيه أنه لا معنى لحمل المطلق على المقيد فى الأحكام الانحلاليه الغير المتنافيه فلا تنافى بين كون الخيار لمطلق صاحب الحيوان و بين كونه للمشترى أيضا.

و عليه فيدور الأمر بين رفع اليد عن إطلاق هذه الطائفه من الروايات و حملها على صاحب الحيوان المشترى اعنى من انتقل اليه المبيع و بين رفع يد عن ظهور الطائفه الاولى من الروايه فى التقييد و اختصاص الحكم بالمشترى و نفيه عن البائع بل يحمل على الفرد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۱

الغالب لأن الأغلب أن الحيوان يكون مبيعا فى بيع الحيوان فحيث أن الطائفه الأولى ظهورها فى التقييد أقوى من ظهور الطائفه الثالثه فى الإطلاق فترفع اليد عن ظهور الطائفه الثالثه و مع الإغماض عن ذلك فإنه لا بد من رفع اليد عن الطائفه الثالثه و العمل بالطائفه الأولى لأن الطائفه الأولى موافقه للكتاب و السنه بخلاف الطائفه الثالثه فإنه قد ثبت بالعمومات من السنه و الكتاب لزوم و العقد و القدر المتيقن من رفع اليد عن هذا اللزوم هو ثبوت الخيار للمشترى و أما ما دل على ثبوته للبائع فمع قطع النظر عن ابتلائه بالمعارضه كان مخصصا للعمومات و حيث ابتليت بالمعارضه فإنه لا بدّ من رفع اليد عن ذلك لكونها مخالفه للعمومات الكتاب و السنه.

قوله: مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها فى مده الخيار

أقول: قد ذكر فى الغنيه أن مده خيار الأمه مده استبرائها

و حكم غير واحد من القدماء بضمان البائع لها مده الاستبراء و توهم بعضهم ملازمه ذلك مع ثبوت الخيار للمشترى و لكن لا نعرف وجها صحيحا لكلا الحكمين أى الحكم بثبوت الخيار مده الاستبراء و الحكم بضمان البائع أما الأوّل فلانه لا ملازمه بين القول بثبوت الخيار للمشترى و بين كون ضمان الأمه على البائع فى مده الاستبراء إذا لم تثبت الملازمه بين ضمان شخص و بين ثبوت الخيار لطرفه بل الملازمه بالعكس فإنه ثبت أن من له الخيار ضمان ماله على من لا خيار له و أما فى كل مورد ثبت الضمان نحكم بثبوت الخيار لطرفه فهو بلا وجه أصلا فإن كثيرا ما يثبت الضمان و لا يكون خيار لطرفه كما إذا كان المنشأ للتلف شيئا آخر. و على الجمله فلا يمكن كشف الخيار للمشترى من ثبوت الضمان على البائع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۲

و أما الحكم بثبوت ضمان الأمه فى مده الاستبراء على البائع فأيضا لا دليل عليه فإنه لم يثبت لنا ضمان البائع على الأمه فى مده الاستبراء و كيف كان فالحكم فى الأمه هو الحكم فى بقيه الحيوانات من غير فرق بينهما فأدله خيار الحيوان محمه فى جميعها.

قوله: مسأله مبدء هذا الخيار من حين العقد

اشاره

أقول: الظاهر من الروايات الداله على ثبوت خيار الحيوان ظاهره فى أن ثبوت خيار الحيوان كثبوت خيار المجلس فان قوله (ع) الشرط فى الحيوان ثلثه أيام و فى غيره حتى يتفرقا أن خيار الحيوان انّما يثبت من حين خيار المجلس و ان خيار المجلس انما يثبت من حين العقد كما هو واضح.

و عليه فلو انقض ثلثه أيام انقض به خيار الحيوان سواء حصل التفرق أم لا.

و لكن قد استدل على أن مبدئه بعد حصول التفرق بوجوه:

الأول الأصل العملى

بأن يقال ان الأصل بقاء الخيار الى ثلثه أيام مثلا إذا فرضنا أنه حصل التفرق بعد مضى ساعه من حين العقد و مضى ثلثه أيام من حين التفرق و ثلثه أيام و ساعه من حين العقد فنشك ح فى أنه هل الخيار ثابت فى هذه الساعه الأخيره أم لا فنستصحب بقائه.

و بتقريب آخر فنشك فى ثبوت خيار الحيوان من حين العقد و عدم ثبوته فالأصل عدم ثبوته من حين العقد الى زمان التفرق.

و كلا الأصلين لا وجه له اما الأول فيرد عليه أولا أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه كما حققناه فى محله. و ثانيا ان هذا المورد من قبيل الشك فى المقتضى بمعنى أنا نشك فى ثبوت الحكم فى عمود الزمان من جهه حصول الغايه و امتداد المقتضى و عدمهما و قد ذهب

المصنف الى جريانه فى ذلك و منع شيخنا الأستاذ عنه و خص جريان الاستصحاب بموارد الشك فى الرافع مثلا إذا شككنا فى تحقق الطلاق و عدمه فى العقد الدائم فنجرى الاستصحاب و نقول: ان الأصل عدم تحقق الطلاق و بقاء الزوجيه كما كانت و أما إذا شككنا فى ارتفاع العقد المنقطع فلا يمكن اجراء الاستصحاب فيه بل نشك

فی أن المقتضی موجود أم لا فنشک فی امتداد المقتضی حسب عمود الزمان فحیث لا یقین لنا بأن المقتضی لبقاء العقد المنقطع أی مقدار من الزمان فنحکم بعدم جریانه کما ذهب إلیه الأستاذ و علی الجمله أن الشک فی المقتضی بهذا المعنی أی بمعنی أن المقتضی أ هو أمر ممتد أم لا لا یجری فیه الاستصحاب و ان ذهب المصنف الی جریانه فمقامنا من هذا القبیل لأنا نشک أن أمد خیار الحیوان و المقتضی لثبوته هل هو ثلثه أیام من حین العقد أو من حین التفرق فإذا شککنا فی ساعه أن الخیار باق أم لا من جهه الشک فی مبدء الخیار فلا یجری فیه الاستصحاب من جهه الشک فی المقتضی لعدم جریانه فیه.

و أما الأصل الثانی فجوابه واضح فان عدم حدوث خیار الحیوان قبل انقضاء المجلس لا یثبت الخیار بعد انقضاء ثلثه أیام من حین العقد فی الساعه المشکوکه کما فی المثال المذکور الا ـ علی القول بالأصل المثبت فان ثبوت الخیار فی ذلک الساعه بأصاله عدم حدوثه الی انقضاء المجلس من للوازم العقلیه کما هو واضح.

و مع الإغماض عن جمیع ذلک فالأصل لا مجال له لأن الأدله الداله علی ثبوت خیار الحیوان ظاهره فی ثبوته للمشتری من حین العقد و أنه علی نسق خیار المجلس الثابت للمتبایعین من حین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۴

العقد.

الوجه الثانی: الاخبار الداله علی أن تلف الحیوان فی الثلاثه ممن انتقل عنه

أی ممن لیس له الخیار و بضمیمه ما دل علی أن التلف فی الخیار المشترک ممن انتقل الیه یستکشف أن مبدء خیار الحیوان بعد التفرق لانه لو کان مبدئه أول زمان العقد الذی یشترک فیه البائع و المشتری فی الخیار لما کان التلف علی البائع.

أقول تنقیح المقام أن مقتضی

القاعده الأولیه هو أن تلف کل مال من مالکه و لا یکون محسوبا من کیس شخص آخر بل من کیسه إلا إذا ثبت بالدلیل الخارجی و علیه فکلما حوسب التلف علی المالک فهو موافق للقاعده.

و علیه فإذا دل الدلیل علی أن التلف فی زمان الخیار ممّن لا خیار له یکون ذلک تخصیصا للقاعده المذکوره کما أن التلف قبل القبض کک أی تخصیص للقاعده المذکوره فکک أن کون التلف فی زمن خیار المشترک أی عند اجتماع خیار الحیوان مع خیار المجلس من مال البائع تخصیص بهذه القاعده فی المورد المذکور فان کون التلف علی مالک فی زمن خیار المشترک لم یرد علیه دلیل خاص بل هو مما تقتضیه القاعده الأولیه.

و بعباره أخری فلا تنافی بین کون خیار الحیوان مبدئه من حین العقد و مع ذلک یکون التلف محسوبا من البائع فإن أدله خیار الحیوان کما یکون تخصیصا للقاعده الأولیه القائمه علی أن تلف کل مال علی صاحبه فکک یکون تخصیصا لها فی زمن خیار المشترک فیحکم بکون التلف من البائع فإن زمان خیار المشتری من مصادیق القاعده

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۵

المذکوره لا أنه ورد نص خاص علی کون التلف علی المالک کما لا یخفی و قد ذکر المصنف أن أدله التلف من البائع یمکن أن یکون محموله علی الغالب حیث یکون التلف غالبا بعد التفرق و ان کان قد یکون قبله أیضا و لکنه نادر.

و فیه مضافا الی أن التلف غالبا بعد التفرق و ان کان قد یکون قبله أیضا و لکنه نادر.

و فیه مضافا الی أن التلف قبل التفرق لیس بقلیل فی نفسه و ان کان قلیلا بالنسبه إلی التلف بعد التفرق

و أن غلبه الافراد لا يكون موجبه لصرف المطلق الى الفرد الغالب و قد ذكرناه مرارا كثيره.

الوجه الثالث أنه لو كان مبدء خيار الحيوان من حين العقد لزم أن يجتمع سببان على مسبب واحد

فهو كما لا يمكن فى الأسباب التكوينيه فكذلك لا يمكن فى الأسباب الشرعيه.

و فيه أن هـذا الوجه لا يحتاج الى الجواب فان اجتماع خيارين فى عقـد واحد كثير كاجتماع خيار الغبن مع خيار العيب و اجتماع خيار العيب مع خيار الشرط و هكذا فلا يكون هذا إشكالا فى المسأله.

و الحاصل أنه قد استدل على أن مبدء خيار الحيوان هو زمان العقد بوجوه:

الأول بالأصل العملى.

و يرد عليه أن مقتضـى الأـدله الـداله على ثبوت خيار الحيوان للمشترى هو ثبوته له من حين العقـد و مع ذلك فلا مجال للأصـل كما لا يخفى.

الوجه الثانى: الاخبار الداله على أن التلف فى ثلاثه أيام ممّن لا خيار له

مع ضـميمه أن التلف فى زمـان خيـار المشترك من مال المالك فإنه لو كان خيار الحيوان ثابتا من حين العقـد لكان التلف على البائع دون المشترى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۶

و فيه أنه لم يرد فى آيه و لاـ روايه أن التلف فى زمان خيار المشترى من مال البائع ليؤخـذ بإطلاقه و يحصل التنافى بل هو حكم على طبق القاعـده الأـوليه لأن القاعـده الأوليه أن تلف مال كل أحـد على مالكه فكما ثبت التخصـيص لهـذه القاعـده الأوليه فى موارد خيـار الحيوان و كون التلف على البـائع و كـذلك ثبت التخصـيص لـذلك فى مورد خيـار المشترك أى مع اجتماع خيار الحيوان مع خيـار المجلس الـذى هو مشترك بين البـائع و المشترى و حمل ما دل على كون التلف بعـد التفرق لكونه هو الغالب كما صـنعه المصـنف لا يمكن الالتزام به فإنه مضافا الى أن غلبه الافراد لا يوجب الانصراف أن إخراج الساعه الاولى أعنى ساعه عـدم التفرق و ملاحظته نادره بالنسـبه إلى البقيه من ثلثه أيام لا وجه له فان كل ساعه من ثلثه أيام نادره بالنسـبه إلى مجموع ثلثه أيـام و عليه فلمـا ذا لاـ نخرج السـاعه الأـخيره من ثلثه أيام و نقول بعـدم كون التلف فيها من البائع بل من المالك فان الغالب أن التلف يكون فى غيرها فتكون الإطلاقات منصرفه إلى غيرها و هكذا فترجيح احدى الساعات على غيرها بلا مرجح.

الوجه الثالث: أن الخيار مسبب واحد فلا يعقل أن يكون له أسباب عديده

و الا لزم تأثير علتين فى معلول واحد و هو محال فلا بد و أن يكون مبدء خيار الحيوان من حين التفرق و انقضاء خيار المجلس و قد عبر بعضهم عن ذلك باجتماع المثلين.

أقول لا شبهه فى أن الخيار حكم شرعى

كسائر الأحكام الشرعيه و الأمور الخارجيه أجنبيه عن ذلک بالكليه لا انها من قبيل الأسباب و لا أنها من قبيل المعرفات بل هی أجنبيات فی ذلک بل الحكم الشرعی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۷

من حيث أنه فعل للشارع و هو حكيم فلا بدّ و أن يكون تابعا للمصلحه و المفسده و أنها ناشئه عن ذلک فليس للأمور الخارجيه تماس بالأحكام الشرعيه أصلا.

و على الجمله فلو كان غرضهم من كون الأمر الخارجی سببا اصطلاحيا أو معرضا فهو باطل من أصله.

و ان كان غرضهم من كون الأمور الخارجيه سببا للحكم الشرعی هو أن يكون موضوعا له تمام الموضوع كالنجاسه و الطهاره بأن يكون نسبه الحكم الى الموضوع كنسبه العله الى المعلول بان لا ينفک الحكم عن ذلک الأمر الخارجی كما لا ينفک المعلول عن علته و ان كان مرادهم ذلک فلا شبهه أن الأمور الخارجيه حينئذ حقيقه أسباب للأحكام الشرعيه لا أنها معرفات.

و عليه فان كان موضوع كل واحد من خيار الحيوان و خيار المجلس امرا مستقلا فيثبت له الحكم ای الخيار مستقلا من غير أن يرتبط أحدهما بالاخر كما هو كذلک فی باب الكفارات حيث ان كل سبب خاص من موجبات الكفاره موضوع لوجوب الكفاره فلا يرتبط أحدهما بالاخر و ان لم يكن كذلک بأن لا يكون المورد قابلا لتعدد الحكم فيحكم بالتداخل ان لم يمكن التأكد كما فی باب النجاسه و فی المقام نحكم بالتداخل لما عرفت سابقا أن الخيار ملک فسخ العقد فهو حكم وضعی اعتباری و من الواضح أنه لا معنى لتعدد ملک فسخ العقد و كذلک فی بقيه المملوكات فإن الشی ء الواحد لا يملک مرّتين كما هو واضح فلا يعقل

أن يملـک الإنسان بفسـخ العقـد مرّتين کما لا معنى لـذلک فى غير هـذا المورد لأن الأمور الاعتباريه لا تعـدد فيها بل يمکن أن يقال انّ هذا الاشکال مدفوع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۸

من أصـله حيث انه ليس هنـا خيـاران حتى يقال بکونهما مسـببين عن سـببين و لا يمکن اجتماعهما فى محل واحـد، بل هنا خيار واحد و تقسـيمه الى خيار المجلس تاره و الى خيار الحيوان أخرى اصـطلاح من الفقهاء و الا فالظاهر من الاخبار هو أن هنا خيار واحـد ثـابت للمتبايعين ما لم يتفرقا و للمشترى إلى ثلثه أيام و بيان ذلک أنه ثبت فى طائفه من الروايات أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع.

و دلت صـحيحه محمـد بن مسـلم على أن المتبايعين بالخيار فى الحيوان ثلثه أيام و فى غير الحيوان ما لم يفترقا و لکن رفعنا اليد عن ذلک لمعارضـتها بالروايات الـداله على اختصاص خيار الحيوان بالمشترى و دلت صـحيحه أخرى لمحمد بن مسـلم على أن المتبايعين بالخيار و ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام مع حمل صاحب الحيوان على المشترى و يکون المستفاد أن المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا سواء کان فى الحيوان أم فى غيره و أن صاحب الحيوان الذى هو المشترى بالخيار الى ثلثه أيام فملاـحظه هـذه الروايه مع الروايـات الـداله على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ما لم يفترقا و مع ما دل على ثبوت خيار الحيوان للمشترى إلى ثلثه أيام تنتـج أن هنا خيار واحـد ثابت للمتبايعين الى حين التفرق و للمشترى إلى ثلثه أيام فعلم أن هنا خيار واحد و ليس هنا خياران حتى يقال انه لا

يمكن أن يجتمع سببان على مسبب واحد لاستحاله صدور الواحد عن الكثير.

قوله ثم ان المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغه كعقد الفضولى على القول بكون الإجازه ناقله أو زمان الملك

أقول إذا كان زمان العقد غير زمان الملك كما فى العقد الفضولى بناء على النقل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۸۹

و كعقد الصرف و السلم قبل القبض فهل خيار الحيوان ثابت فى مثل ذلك من حين العقد أو من حين حصول الملك و اختار المصنف الثانى تبعا لما استظهره بعض معاصريه و هو صاحب الجواهر.

أقول الظاهر أن الخيار انما يثبت فى زمان حصول الملك سواء فى العقد الفضولى أم فى عقد الصرف و السلم و فى الفضولى أيضا سواء قلنا بالنقل أو بالكشف و الوجه فى ذلك أما العقد الفضولى فقد تقدم الكلام أن البيع انما ينسب الى المالك و يكون بيعا له و مستندا اليه بعد الإجازه و قبلها ليس بيعا للعاقد و هو واضح و لا بيعا للمالك إذا المفروض أن البيع لا يستند اليه الا بعد الإجازه.

و قد عرفت أن الأمر كذلك على القول بالكشف أيضا حيث انه يحكم من زمان الإجازه أن البيع بيع للمالك من الأول أى يحكم بحصول الملكيه للمالك فى زمان الإجازه من الأول و هذا أمر موافق للعرف أيضا فإن العرف يبعد أن يحكم بحصول الملكيه من الأول عند الإجازه و ترتيب آثار الملك على العقد من الأول و قد تقدم ذلك.

و قد عرفت فى هذا البحث أى بحث الخيار أن الظاهر من الأدله أن خيار المجلس و خيار الحيوان انّما يثبتان للبيع و ما يصدق عليه البائع و قد عرفت فى صحيحه محمّد بن مسلم قال (ع) المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار الى ثلثه أيام.

و حيث ان زمان الإجازه

زمان صدق البيّع على البائع و المشترى فيحكم فى زمان الإجازه بترتب آثار العقد عليه من الأول حتى على الكشف لا بمعنى أن كل أثر يترتب عليه و يحكم بكون النماءات الحاصله له بل من الآن يحكم بحصول الملكيه من زمان العقد و ترتب الأثر عليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۰

و هذا الذى يساعده العرف اذن فتشمل عليه أدله خيار الحيوان من زمان الإجازه كما هو واضح سواء قلنا بالكشف أو النقل.

و أما بيع الصرف و السلم فقد ظهر الحال فيهما من بيع الفضولى حيث ان الخيار انما يترتب على العقد الصحيح و بيع الصرف و السلم قبل القبض ليسا بعقدين صحيحين فإنهما مع فقدهما القبض كالإيجاب الخالى عن القبول فكما ان الإيجاب ليس موضوعا للخيار و كذلك الإيجاب و القبول فيهما بدون القبض فان القبض بمنزله الإيجاب و بعباره اخرى أن أدله الخيار انما هى تخصيص لأدله الزوم الوفاء بالعقد و اللزوم انما هو ثابت للعقد الصحيح دون الفاسد فعقد الصرف و السلم بدون القبض ليسا بصحيحين فكيف تشملهما أدله اللزوم حتى تخصّصها بأدله الخيار.

فمبدء ثبوت خيار الحيوان فى الصرف و السلم انما هو زمان القبض.

ثم انک قد عرفت أن خيار الحيوان يثبت فى المبيع الشخصى و فى المبيع الكلى أيضا و عليه فلا وجه لتخصيص المثال فى بيع السلم بما إذا كان الثمن حيوانا بعنوان السلم كما صنعه صاحب الجواهر حيث قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و ان كان بائعا كان مبدئه بعد القبض تخصيص و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار المعين بالحيوان.

قوله مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلثه أيام

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار

المستفاد من الخارج

أقول وقع الكلام بين الأصحاب فی ان المراد من ثلثه أيام هل هو النهار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۱

فقط و الليل خارج عنه أو المراد من اليوم هو مجموع أربع و عشرين ساعه و هذا البحث جار فی المقام و فی أيّام الحيض و فی إقامه عشره أيّام و ربّما يقال أن اليوم اسم لمجموع اليوم و الليل و ان مجموع اربع و عشرين ساعه يسمى يوما و لكنه بديهى البطلان لعدم إطلاق اليوم على ذلك المجموع و انما اليوم اسم لما هو بين طلوع الشمس و بين غروبها فالقوس النهارى يوم و القوس الليلى يسمى ليلا و دائره نصف النهار منصفه للقوس النهارى الى نصفين و نصف الليل منصف لليل الى نصفين و ليس أحدهما داخلا فی الآخر الا بالدليل الخارجی كما فی الصوم حيث ان الشارع اعتبر كونه من أول الفجر الى زوال الحمزه عن قمه الرأس و أما فی غير ما اعتبر الشارع دخول أحد القوسين فی الآخر فلا يطلق أحدهما على الآخر.

و عليه فلا تكون الليالى داخله فی الأيّام فيما كانت الأيّام موضوعه للحكم بحسب المفهوم الا من جهه عنايه أخرى من اعتبار الاستمرار فی الحكم مثلا.

و عليه فلو عامل أحد مع غيره و باعه حيوانا فی أول طلوع الشمس فيمتد خياره الى غروب الشمس من يوم الثالث و لا تكون الليله الأخيره داخله و لا يثبت له الخيار فيها بخلاف ما لو قلنا بدخول الليل فی مفهوم اليوم فإنه يمتد الخيار الى صبيحته يوم الثالث و يكون له- الخيار فی الليل أيضا و أما الليلتان المتوسطتان فهما داخلتان بلا شبهه لا من جهه أن الليل داخل

فى مفهوم اليوم بـل من جهه ان الخيار حكم ثابت لـذى الخيار الى ثلثه أيام مسـتمرا فلو لم تكن الليلتان المتوسـطتان داخلتين فى الموضوع لانقطع الخيار فهو خلاف الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۲

من الأدله و هكذا الحال فى إقامه عشره أيّام و أيّام حيض المرأه و نحوهما و اما الليله الأخيره فهى خارجه عن حريم الخيار فإنها غير داخله لا من حيث صدق اليوم عليها و لا من حيث الاستمرار.

و أمـا لليله الأـولى فيمـا إذا وقعت المعـامله فى أول الليله أو نصـفها فهى أيضا داخله بلا شـبهه لما عرفت من أن الأدله ظاهره فى اتصـال مبـدء الخيار بالعقـد فإذا تحقق العقـد تحقق الخيار فيسـتمر الى ثلثه أيّام فـدخول الليله الاولى من جهه اتصال مبـدء خيار الحيوان بالعقد و استمراره الى ثلثه أيّام.

و قـد يتوهم أن الليله الأخيره أيضا داخله لدخول الليلتين أصاله فتدخل الثالثه و الا لاختلفت مفردات الجمع فى اسـتعمال واحد و لكن قـد ظهر جوابه فيما ذكرناه حيث ان دخول الليلتين المتوسـطتين أيضا ليس من جهه الأصاله بل من جهه اسـتمرار الخيار الى ثلثه أيّام و اتصال الخيار بالعقد فلا مجال لهذا الاشكال.

و اما مسأله التلفيق فيما إذا كان وقع العقد فى نصف اليوم أو ورد المسافر فى بلد فى نصف اليوم أو خاص المرأه فى وسط النهار فهـل يجوز أن يحسب نصف هـذا اليوم و النصف من اليوم الثـالث و جعلهما يوما واحـدا أم لا الظاهر هو التلفيق كما هو الموافق للعرف و يؤيـد ذلك انّه قل ما يتفق أن المرأه تحيض فى أول طلوع الشـمس و المسافر لا يرد البلـد الذى يقيم فيه فى أول طلوع الشمس و

هكـذا فلو لم يعتبر التلفيق فى اليوم و لم يكن موضوعـا للحكم لتعرض له الامام عليه السـلام و هـذا المعنى موافق للعرف فلو قال أحد بقيت فى محل كذا يوما مع أنه بقى فى نصفين من يومين صح ذلك و لو بقى نصف يوم لا يصدق عليه أنه بقى يوما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۳

و كل ذلك لا شبهه فيه و ما افاده المصنف هنا متين جدا.

(فى مسقطات خيار الحيوان)

اشاره

قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمور

أحدهما اشتراط سقوطه فى العقد

أقول قـد تقـدم فى خيـار المجلس اشتراط عـدم الخيـار أو اشتراط إسـقاطه فى ضـمن العقـد و لا نحتاج إلى الإعاده و لكن ذكر المصـنف هنا شـيئا يجرى فى خيار المجلس أيضا فلا بأس بالتعرض له و حاصـله أنه لا شبهه فى جواز إسقاط الخيار من مجموع المبيع بان يقول أسـقط خيارى من مجموع هـذا الحيوان و هل يجوز إسـقاط الخيار من نصـفه أم لا فالظاهر هو عـدم الجواز لان نصف الحيوان ليس بحيوان فلا يثبت خيار الحيوان الا فيما إذا كان المبيع حيوانا.

و أما إسقاط بعضه من حيث الزمان بأن أسقط خياره يوما أو يومين أو أقل أو أكثر فالظاهر هو الجواز لأنه ملك فسخ العقد فذى الخيار مالك لذلك فله أن يسـقط حقه بأجمعه أو ببعضه و لا يلزم المحذور المذكور هنا لأن إطلاق الأدله تشـمله حتى فى الان القليل من الزمان و بعباره أخرى فأدله الخيار تشمل المبيع إذا كان حيوانا فى كل آن و زمان.

و الثانى

إسقاطه بعد العقد.

قوله الثالث التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجمله

، أقول:

قد اضطربت کلمات الفقهاء فی مسقطیه التصرف غایه الاضطراب و لعل مثل هذه المسأله قلیله فی الفقه و منشأ الاختلاف اختلاف الروایات و القواعد.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۴

و التحقیق أنک قد عرفت فی مبحث المعاطاه أن مقتضی القاعده کفایه کل ما یکون مصداقا للإنشاء فی مقام إنشاء العقد و نحوه فان المناط فی ذلک صلاحیه ما یتحقق به الإنشاء لإظهار ما فی النفس و إبرازه سواء کان من قبیل الفعل أو من قبیل القول و اللفظ و من أفراد ما یظهر به ما فی الضمیر و ینشأ به المعامله و الا فلا خصوصیه له الا إذا قام الدلیل علی عدم کفایه غیر اللفظ فی مقام الإنشاء کما فی الطلاق.

و علیه فکما أنه یکتفی فی إنشاء العقد بکل ما یصلح أن ینشأ به العقد و کذلک یکتفی بکلّ ما یبرز ما فی الضمیر فی إسقاط الخیار هذا ممّا لا شبهه فیه و أنه أمر تقتضیه القواعد و لکن الکلام فی الصغری و انه أی شی ء یکون صالحا لان یتحقق به إسقاط الخیار من الافعال فهل هو مطلق الفعل و التصرف أو التصرف الخاص فلیس هنا قاعده تتکفل لبیان ذلک المقدار المتیقن کون التصرف مصداقا للإسقاط و الا فلا دلیل علی کونه مسقطا للخیار حتی التصرفات الجلیله فضلا عن التصرفات الحقیره فإنه ربما لا یکون المتصرف عالما بالموضوع أو الحکم أو یکون غافلا عن ثبوت الخیار له و یتصرف فیه و حینئذ کیف یمکن الحکم بأن التصرف مصداق للإسقاط فلو وطأ الجاریه التی اشتراها لا یکون ذلک مسقطا للخیار و أن أصر علیه شیخنا الأستاذ

و قال بكون مثل الوطى مصداقا للإسقاط حتى مع الجهل بالحكم أو الموضوع هذا ما تقتضيه القاعده.

و أما الاخبار فقد ذكر فيها أن احداث الحدث فى الحيوان يوجب سقوط الخيار فكل تصرف أوجب حدوث الحدث فيوجب سقوط الخيار بلا شبهه للتعبد الشرعى و أما ما لا يوجب الأحداث فقد ذكرت أمور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۵

فى الروايه التى سئل فيها عن تفسير الحديث: إنها إحداث حدث مع انه ليس بحدث فى العرف و ذلك كالنظر إلى الجاريه و اللمس و التقبيل و نحوها مع أنها ليس بحدث فيكون مثل ذلك داخلا فى الحدث بدليل الحاكم و بالتعبّد الشرعى فنحكم بسقوط الخيار بمثل هذه التصرفات أيضا هذا ما يتحصل من الاخبار.

و تحصل أن لنا ضابطتان لسقوط الخيار بالتصرف أحدهما ما تقتضيه القاعده من كون التصرف مصداقا لسقوط الخيار و الثانى التصرّف الذى يوجب احداث الحدث فى الحيوان المبيع أو ما جعله الشارع مصداقا للحدث تعبدا و حكومه فإن هذا أيضا يوجب سقوط الخيار و أما فى هذه الموارد فلا دليل على كون التصرف مسقطا للخيار و لو كان التصرف من التصرفات الجليله كما تقدم فضلا عن التصرفات الخفيفه كيف فإنك عرفت أن أى تصرف كان لا يوجب لسقوط الخيار ما لم يكن مصداقا للتصرف فأى معنى لسقوط الخيار بالتصرفات الصادره حال الغفله أو النسيان أو الجهل بالحكم أو الموضوع فيكون الخيار باقيا على حاله و لو كان التصرف مثل وطى الأمه كما عرفت بل الظاهر من صحيحه الصفار أن مطلق التصرف لا يكون مسقطا للخيار حيث سأل فيها عن أمرين أحدهما الحدث و الثانى ركوب الدابه و سئل بكلمه أو أنهما يسقطان الخيار أم

لا فوقّع الامام (ع) إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء اللّه فلو كان مثل الركوب أيضا مسقطا للخيار لإجابه أيضا بأنه يسقط الخيار بل يمكن أن يقال أن بعض التصرفات فى الحيوان المشترى ممّا لا بدّ منه فلو كان كل تصرف موجبا لسقوط الخيار لكان جعل الخيار و تشريعه لغوا محضا كقود الحيوان إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۶

القبه و ركوبه من مكان المعامله إلى منزله للتجربه و الامتحان و الأمر بمشى الأمه أو العبد للتجربه و الامتحان و أمرهما بسقى الماء و نحوه بل النظر الى شعر الأمه ليرى أنها شابه أو كبيره قد بيض شعره الى غير ذلك من التصرفات التى مما لا بدّ منه عاده فى مده ثلثه أيّام و على الجمله مقتضى أدله اللزوم من الايات و الروايات هو لزوم العقد و قد خصصت بأدله خيار الحيوان كما خصصت بغيرها فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق أدله الخيار و عمومه بما يدلّ على التخصيص و التقييد و ليس لنا تخصيص الا ما ذكرناه من الضابطتين ففى أىّ مورد تحقق واحده من هذه الضابطه نحكم بسقوط الخيار و الا فلا فافهم.

و الحاصل أن كلمات الفقهاء فى أن التصرف مسقط أم لا مضطربه غايه الاضطراب فذكر بعضهم أن التصرف لكونه كاشفا عن الرضا الشخصى مسقط للخيار و ذكر بعضهم كشيخنا الأنصارى و غيره أن التصرف كاشف عن الرضا النوعى فيكون مسقطا للخيار و لذلك و ذكر بعضهم أن مطلق التصرف حتى مثل ناولنى الماء و نحوه مسقطا للخيار و منشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار و تفصيل الكلام فيه أن الروايات فى المقام متعدده منها صحيحه «۱» ابن رئاب

فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل ثلثه أيّام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له: و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان محرما عليه قبل الشراء.

فان الظاهر من هذه الروايه ان الحدث مسقط للخيار فإذا أحدث المشترى حدثا فذلك رضا بالبيع فيكون الخيار ساقطا ثم سأل ابن رئاب عن الحدث و أنه أى شى ء فقال (ع) أن لا مس أو قبل أو

---

(۱) وسائل ج ۱۲- ص ۳۵۱.

نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع فهذا الكلام الصادر من الامام (ع) من جعل اللمس أو التقبيل أو النظر الى ما يحرم النظر اليه ليس احداث حدث قطعا و اذن فيدور الأمر بين أن يكون ذلك حاكما بتوسعه دائره الحدث و جعل كل واحد من الأمور المذكوره من أقسام الحدث أو بجعلها مثالا لمطلق التصرف بحيث يكون مطلق التصرف مسقطا للخيار فإذا لم تكن الروايه ظاهره فيما ذكرناه من جعل الأمور المذكوره مصداقا للحدث تعبدا فليس لها ظهور فى جعلها أمثله لمسقطيه التصرف ليكون مطلق التصرف موجبا لسقوط الخيار و كيف كان فلا دلاله فيها على كون التصرّف على إطلاقها موجبا للسقوط.

و منها صحيحه «۱» الصّيفار قال: كتبت الى أبى محمد (ع) فى الرّجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ إله أن يردها فى الثلاثه الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فى فراسخ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء اللّه.

فهذه الروايه صريحه

فى أن احداث الحدث يوجب سقوط الخيار و أما دلالتها على أن التصرف موجب لسقوط الخيار أم لا فإما ممنوعه لعدم تعرض الامام (ع) لذلك أو هى تدل على أن التصرف لا يسقط الخيار ما لم يكن بعنوان أنه مصداق للمسقط أو مصداق للحدث فإن السائل إنما سأل عن أمرين أحدهما إحداث الحدث

---

(۱) وسائل ج ۱۲- ص ۳۵۱- حد ۲.

فى المبيع و الثانى الركوب فقد أجاب الإمام (ع) عن الحدث و أنه مسقط للخيار و سكت عن الركوب الذى هو من أظهر أفراد التصرّف فهذا السكوت لو لم يدل على عدم كون التصرف مسقطا للخيار فلا دلاله فيها على كون التصرّف مسقطا.

و على الجمله فإما لا دلاله فى الروايه على كون التصرف مسقطا أو فيها دلاله على عدم كونه مسقطا.

و منها صحيحه «۱» قرب الاسناد قال: قلت له أرايت ان قبلها المشترى أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقض الشرط و لزم البيع فقد جعل الامام (ع) فى هذه الروايه نفس الأمور المذكوره موجبا لسقوط الخيار من غير تعرض للتصرف و الحدث أصلا.

و المتحصل أن ما يكون مسقطا للخيار من التصرف أمور ثلثه من غير أن يكون لعنوان التصرف موضوعيه أصلا الأول: ما يكون مصداقا للإسقاط و مبرزا لما فى ضمير المتكلّم من كونه موجبا لسقوط الخيار و هو ما تقتضيه القاعده الأوليه و لا شبهه فيه.

الثانى ان يكون التصرف احداث حدث فى الحيوان فإنه أيضا يكون موجبا لسقوط الخيار فقد ثبت ذلك بصحيحه على بن رئاب و صحيحه الصّفار و إطلاق الحدث شامل لكل حدث و لو

كان بمثل جز الشعر و نحوه.

الثالث أن يكون المشترى لا ـ مس أو قبل أو نظر منها ما يحرم النظر إليه فإنه أيضا موجب لسقوط الخيار و أما غير هذه الأمور الثلثه

---

(۱) وسائل ج ۱۲- ص ۳۵۱- حد ۳.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۱۹۹

فلا يكون التصرف موجبا لسقوط الخيار بوجه فإنه لا دليل عليه من الروايات كما عرفت.

ثم انه بقى الكلام فى أن المراد من قوله (ع) فذلك رضا منه بالبيع فى صحيحه ابن رئاب أى شى ء فذكر المصنف احتمالات أربعه الأول أن يكون المراد من ذلك الرضا الشخصى فيكون المعنى ان التصرف- الموجب لإحداث الحدث فى المبيع يكون كاشفا عن الرضا الشخص و هذا واضح الدفع فان كثيرا ما لا يلتفت المشترى الى ثبوته الخيار له فيحدث حدثا فى المبيع فكيف يكون ذلك كاشفا عن الرضا الشخص بالبيع و بسقوط الخيار مثلا لو اشترى أحد دجاجه و قص جناحها لئلا يطير الى مكان آخر من غير ان يلتفت الى ثبوت الخيار له فى ذلك كما هو كذلك فى نوع الناس حتى من أهل العلم حيث انهم لا يلتفتون بثبوت الخيار لهم فى مثل الدجاجه و نحوها و فى مثل ذلك فلا وجه لدعوى كون التصرف كاشفا عن الرضا الشخص كما هو واضح.

الثانى أن يكون كاشفا نوعيّا عن الرضا بالبيع و سقوط الخيار كما ذكره المصنف و هذا أيضا لا يمكن المساعده عليه فإنك قد عرفت أن نوع الناس لا ـ يلتفتون بخيار الحيوان فكيف يكون تصرفهم كاشفا عن الرضا النوعى بحيث يكون المناط فى كون التصرف مسقطا للخيار هو الرضا النوعى فإنه لا وجه لدعوى أن فى أغلب الناس يكون التصرّف كاشفا عن الرضا

النوعی فإن أغلب النـاس و لا- یلتفتون الی ذلک کیف فان خیار الحیوان لا یختص بطائفه خاصه من الشیعه لیکون الغالب فیهم الالتفات الی الخیار عند التصرف بل یثبت لکل شخص حتی الیهود و النصاری و المخالفین و غیرهم و من الواضح أنه مع ذلک فالغلبه فی غیر

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۰

الملتفتین بالخیار عند التصرف فکیف یکون التصرف کاشفا عن الرضا النوعی من جهه التفات أغلب الناس بالخیار عند التصرف.

و کیف کان فلا وجه لجعل التصرف کاشفا نوعیا عن الرضا بالبیع.

الثالث أن یکون ذلک بنفسه جوابا للشرط و حکما ثابتا للموضوع فیکون ذلک إشاره إلی نفس ذلک التصرف الذی هو الحدث.

الرابع أن یکون توطئه للجواب و هو قوله و لا شرط له لکنه توطئه لحکمه الحکم و تمهید لها لا عله حقیقه فیکون إشاره الی أن الحکمه فی سقوط الخیار بالتصرف دلالته غالبا علی الرضا نظیر کون الرضا حکمه فی سقوط خیار المجلس بالتصرف و مرجع هذین الاحتمالین إلی شی ء واحد و ان کان البیان فیهما مختلفا.

و قد ذکر المصنف أن لازم أخذ هذین الاحتمالین هو الالتزام بکون مطلق التصرف مسقطا للخیار و لکن الأمر لیس کذلک فان قوله (ع) فذلک رضا منه بالبیع هو أن نفس هذا التصرّف الذی یوجب احداث الحدث رضا بالبیع لا کل تصرف کما هو واضح فان الموضوع هو الحدث حیث قال: ان أحداث حدثا فذلک رضا منه بالبیع.

(الثالث من الخیارات خیار الشرط)

اشاره

قوله الثالث خیار الشرط اعنی الثابت بسبب اشتراطه فی العقد

أقول لا شبهه فی جواز جعل الشرط فی العقود و لا خلاف فیه بین الأصحاب سواء کان متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

و یمکن الاستدلال علی جواز ذلک بطائفتین من الروایه

الأولی صحیحه «۱» ابن سنان

عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال: و ان کان بینهما شرط

(۱) وسائل ج ۱۲- ص ۳۵۵- باب ۸- حد ۲.

أيّاما معدوده فهلك فى يد المشترى قبل ان يمضـى الشـرط فهو من مال البائع و فى روايه السكونى ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل اشترى ثوبا بالشرط الى نصف النهار فإنها تدل على جواز جعل الخيار فى هذين الموردين الخاصين.

و الطائفه الثانيه الأخبار المستفيضه الوارده فى اشتراط الفسخ برد الثمن

كما سيأتى نقلها فإنها أيضا تدل على جواز جعل الخيار فى موردها فان جاز التعدى عن مواردها فبها لدعوى الضروره انّه لا خصوصيه لموردها و الا فلا بدّ من التماس دليل آخر و ح نأتى إلى العمومات.

و قد استدل على مشروعيه هذا الخيار و جواز جعله و اشتراطه بالأدله المستفيضه بل المتواتره بين الفريقين المؤمنون عند شروطهم الا شرطا خالف كتاب اللّه و سنه نبيّه فإنها تدل بإطلاقها على لزوم الوفاء بكل شرط غايه الأمر خرج عنها الشروط الابتدائيه و بقى الباقى و من جملته اشتراط الخيار فى العقود.

و قد أشكل عليه فى المستند بأن الأدله العامه لا تكفى لإثبات صحه اشتراط الخيار لاستثناء الشرط المخالف للكتاب و السنه لأن السنه تدل على أنه بالافتراق يجب البيع فاشتراط عدم وجوبه بعد الافتراق مخالف لها و على الجمله فلا يمكن الاستدلال بهذا الأدله على جواز جعل الخيار.

و قد أجيب عنه بجوابين الأول ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن الجواز و كذلك اللزوم على قسمين الأول الجواز و اللزوم الحكمى و الثانى اللزوم و الجواز الحقى. أما الأول فلا يتبدل بفسخ المتبايعين

أصلا أما الجواز فكالهبه حيث ان جوازها حكمى

فلا يتغير أصلا و لو قال الواهب أسقط حق الرجوع ألف مرّه.

و أما اللزوم فكعقد النكاح حيث لا يتغير عما هو عليه بإقاله و نحوه فيعلم من ذلك أن اللزوم هنا حكميّ لا حقيّ.

و أما الثانى فالجواز الحقى مثل الوكاله و نحوها و اللزوم الحقى كجميع العقود التى تجرى فيها الإقاله حيث انه يستكشف من ذلك أن اللزوم فيها حقى و الا لم يرتفع بالإقاله فما يكون مخالفا للكتاب و السنه هو الخيار فى العقود التى أن اللزوم فيها حكمى كالنكاح لا فى مطلق العقود حتى فيما يكون اللزوم فيها حقيا.

و فيه أنه قد عرفت فى أول البيع أنه لا فرق بين الحق و الحكم أصلا فإن كلاهما بحكم الشارع و جعله غايه الأمر قد سموا الفقهاء الحكم الذى اختياره بيد المتبايعين حقا و هذا لا يوجب اختلافهما فى الحقيقه و عليه فكما ان الجواز حقيقه واحده مجعوله بجعل الشارع و كذلك اللزوم فهو حقيقه واحده و الاختلاف بحسب الحكم الطارء عليه لا أن هنا حقيقتان إحداهما حقى و الأخر حكمى كما لا يخفى و عليه فيبقى اشكال صاحب المستند على حاله فان جعل الخيار فى العقد مخالف لحكم الشارع بلزومه.

و بعباره اخرى أن اللزوم فى جميع العقود انما هو حكم الشارع و ثابت بدليل واحد غايه الأمر أنه مطلق فى بعض الموارد كما فى النكاح و مشروط بعدم الإقاله فى بعض الموارد الأخر كما فى البيع و نحوه على ان النكاح أيضا قد يطرئه حق الفسخ لبعض الأمور كما هو واضح.

و الجواب الثانى ما يظهر من السيّد ره من أن جعل الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۳

مخالف لإطلاق العقد لا لمقتضاه فإن

إطلاق العقد يقتضى الملكيه على وجه الإطلاق فاشتراط الخيار مخالف لإطلاقه لا لمقتضى أصل العقد. و هذا الجواب من العجائب فان كلامنا فى الشروط المخالف للكتاب و السنه لا فى الشروط المخالفه لمقتضى العقد أو لإطلاقه.

و توضيح الكلام أن الشرط قد يكون مخالفا لمقتضى العقد بأن يشترط البائع على المشترى أن لا يتملك أو يقول الواهب و هبتك هذه على أن تبقى العين الموهوبه فى ملكى و هكذا فان هذه الشروط كلها مخالفه لمقتضى العقد و لكن لا دليل على بطلانه الا لزوم المناقضه و التناقض فان معنى البيع هو تمليك العين المبيعه و كونها ملكا للمشترى و معنى اشتراط عدم كونه ملكا للمشترى هو أن لا يكون المبيع ملكا للمشترى و هما متناقضان و كذلك فى الهبه.

و أما إذا كان الشرط مخالفا لإطلاق العقد فلا محذور فيه أصلا لعدم الزوم التناقض و محذور آخر فيه كما ذكره السيّد فإنّه أن محذور فى أن يقول البائع بعتك هذا الثوب و شرط عليك أن تخيط لى ثوبا آخر فإن إطلاق العقد لا يقتضى كون المبيع ملكا للمشترى على وجه الإطلاق و الشرط مخالف له.

و أما الشروط المخالفه للكتاب و السنه فهى أمر آخر غير مربوط بالشروط المخالفه للعقد أو لإطلاقه فإنه لا يفرق فى الشروط المخالفه للكتاب و السنه بين أن تكون مخالفه لأصل الكتاب و السنه أو لاطلاقهما مثلا لو باع حيوانا و اشترط أحدهما على الآخر فى ضمن العقد أن يشرب الخمر فى حال المرض تنزّها لا دواء فإنه هل يتوهم أحد جواز ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۴

لكونه مخالفا لإطلاق الكتاب لا أصله.

و الحق فى الجواب أن يقال: أن هذه الروايات

انمـا وردت لجعـل خيـار الشـرط فی مورد لزوم العقـد فتكون مخصـصه للأدله الـداله علی اللزوم لا منافيه لها لتكون مطروحه أو مأوله و توضـيح ذلك أن معنی اشتراط شی ء فی العقد هو توقف لزوم العقد علی وفاء المشروط عليه بالشرط و الا فلا يلزم عليه أن يتوقف علی اللزوم و معنی عـدم وجوب التوقف علی اللزوم هو ثبوت الخيـار له بحيث ان شاء يفسـخ و ان يشاء يمضـی و ان شـاء يبقی العقـد علی حـاله غـايه الأمر أن اشتراط شـی ء علی البائع أو المشتری فی العقـد جعل خيار بالـدلاله الالتزاميه و جعل الخيار لأحـدهما أو كلاهما فی العقـد جعل خيار بالـدلاله المطابقيه و قـد تقـدم ذلك فيما سبق و قلنا و بان مرجع الاشتراط الی جعـل الخيار و الحاصل أن الأدله علی أن المؤمنين عنـد شـروطهم وارده فی مورد جعل الخيار بناء علی أن كل شـرط يرجع الی جعـل الخيـار بالبيـان المتقـدم فلا يكون الشـرط مخالفا للكتاب و السـنه و بعباره أخری أن هـذا الروايات الـداله علی لزوم الوفاء بالشروط وارد فی مورد جعل الخيار بناء علی أن مرجع جعل الشروط الی ثبوت الخيار بالالتزام فان بقاء الالتزام علی العقد منوط علی بقـاء الالـتزام علی الشـرط و مع التخلف يثبت الخيـار و عليه فلاـ يكون جعـل الشـرط مخالفا للكتاب و السـنه الا أن الشـرط مخالفا لهما و الحال أن فی العالم شـروط صـحيحه غير منافيه للكتاب و السـنه فهـذه الروايات وارده فی هذه الموارد الی مرجعها الی جعل الخيار.

و يمكن الجواب عن صاحب المستند بناء علی المشهور أيضا من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۵

عدم رجوع الشرط الی جعل الخيار. بدعوی عدم مخالفه الشرط

الخيـار للكتاب و السـنه. أما عـدم مخالفته للكتاب من جهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ناظر إلى إفاده اللزوم للعقـد المنشأ على النحو الـذى أنشأه المنشـئ و هـذا المنشأ اما هو مطلق فى الواقع أو مقيد لما ذكرناه مرارا أن الإهمال فى الواقعيات من الأمور مسـتحيله و عليه فهـذا العقـد الـذى اشترط فيه الخيـار لا يعقل أن يكون منشأ على وجه الإطلاق فلا بـدّ و أن يكون منشأ على وجه التقييـد فيكون الملكيه المنشئه بقيد خاص موردا للأمر بالوفاء بالعقد فلا يكون الشرط مخالفا للكتاب بل دليل اللزوم من الأول لا يشمل الا هذه الملكيّه الخاصه المقيّده بحد خاص.

و بعباره أخرى أن دائره الملكيّه من الأول محـدوده و مقيّـده بعـدم الفسـخ فان الحاصل من البيع قـد يكون ملكيّه مطلقه و يكون المنشـأ هو ذلك و قـد يكون المنشأ ملكيه مقيـده بحصه خاصه و بحـد خاص أى المقيـده بعـدم الفسخ و حينئـذ أن منافاه لهـذا الشرط للكتاب بل الكتاب لا يشمل من الأول الملكيه المطلقه بل يشمل الملكيه المقيده و هو واضح.

لا ـ يقال أن الملكيه المنشـئه مطلقه حتى بعـد الفسـخ فإنه لا معنى للبيع الى وقت خاص كسـنه أو سـنتين لكونه باطلا إجماعا فإنه يقال لا شـبهه فى أن المنشأ مطلق من حيث الزمان و أن البائع أنشأ ملكيه مطلقه للمشترى و أبديه و لكن كلامنا ليس فى الإطلاق و التقييـد من حيث الزمان بل من حيث الحالات و لا شـبهه أن المنشأ بالنسـبه إلى الفسخ و عدمه الذان من الحالات الطارئه لعقد اما مطلق أو مقيد و ذكرنا أنه مقيد فالملكيّه المنشئه محدوده بالنسبه إلى الفسخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۶

و عدمه الى الزمان فتشملها

أدله اللزوم مع هـذه الحيثيه المقيـده فيكون لازما الى أن لا يفسـخ و الا فلا لزوم لعـدم شـمول أدلته له. و دعوى أن المنشأ مطلق بالنسـبه إلى الفسـخ و عـدمه أن أنه أنشأ الملكيه سواء فسـخ أم لا مع اشتراط الخيار فى العقـد دعوى متناقضه كما هو واضح فان هذه الدعوى تشبه دعوى أن يقصد أحد الإقامه فى بلد و كان عالما بمسافرته أو شاكا فيه فان هذا ليس الا التناقض الواضح.

و لا يقاس كون المنشأ ملكيه محدوده بالفسخ بالبيع إلى سـنه فان الثانى باطل بالضروره بخلاف الأول فإنه كان متعارفا فى جميع الأزمنه فيكون مشمولا لوجوب الوفاء بالعقد.

و كيف كـان بنـاء على المشـهور أيضـا لا يكون شـرط الخيار مخالفا للكتاب بوجه لقصور دليل اللزوم عن ذلك فلا يكون الأمر بالوفاء بالعقود شاملا الا ما أنشأ بأى كيفيه أنشأ. فاللازم بدليل وجوب الوفاء بالعقد هو الملكيه المحدوده بعدم الفسخ.

و أمـا السـنه فقـد ظهر جواب توهم مخالفه الشـرط للسـنه من ذلك أيضا فإن قولهم البيّعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع ليس المراد من الوجوب على كل حال بحيث يكون المنشأ ملكيه المحـدوده لازمه على وجه الإطلاق بعـد انقضاء المجلس بل الملكيه المحـدوده بعـدم الفسـخ فلا تكون هـذه الاخبار شامله من الأوّل الى ما بعد الفسخ حتى يتوهّم كون الاشتراط مخالفا لمقتضى الكتاب.

ثم انه لا شبهه فى جواز جعل الخيار مده خاصه معينه

إما متصلا بالعقد أو منفصلا عنه لإطلاق الأدله نعم ذكر بعض الشافعيه أنه لا يجوز جعل الخيار بعد لزوم العقد فإنه لا ينقلب الى الجواز بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۷

اللزوم و لكنه بديهى البطلان فان كثيرا ما يطرء الجواز على العقد بعد اللزوم كما فى موارد خيار

تأخير الثمن و موارد خيار الرؤيه و موارد تخلف الشرط فان جميع ذلك و أشباهه يطرء الجواز على العقد بعد اللزوم فلا يمكن الالتزام بكلام هذا القائل أيضا.

و هل يجوز جعل الخيار إلى الأبد و مده العمر نظير الوقف بحسب العمر أم لا

فلم يستشكل أحد فى جوازه الا شيخنا الأستاذ حيث منع عن جواز مثل هذا الشرط لوجهين الأول أنه يوجب كون العقد غررّيا و ذلك لانه لا يعلم المتبايعان أن عمر المشروط له أى مقدار فيوجب البيع غررّيا فيبطل لذلك.

و فيه أنه الغرر هو الخطر و لا نرى فى ذلك خطرا أصلا غايه الأمر أنه يكون مثل العقود الجائزه فهل يتوهم أحد أن الهبه أو الوكاله أو نحوهما من العقود الجائزه غرريه. و سيأتى الكلام فى نفس الغرر مع الجهل بالشرط.

الوجه الثانى ما ذكره (ره) من أن جعل الخيار إلى الأبد مخالف لمقتضى العقد فان للعقد دلاله مطابقيه أعنى حصول الملكيه للمشترى فالبيع يقيد بالمطابقه حصول الملكيه للمشترى على وجه الإطلاق و دلاله التزاميه أعنى كون المتبايعين ملتزمين بمفاد العقد و أنه لا يختص التزامهما بزمان خاص بل هو ثابت إلى الأبد فاشتراط الخيار إلى الأبد و ان لم يكن مخالفا لمقتضى العقد بحسب الدلاله المطابقيه أعنى حصول الملكيه المطلقه و لكنه مناف لمقتضى العقد بحسب الدلاله الالتزاميه أعنى لزوم العقد إلى الأبد و أما جعل الخيار فى زمان خاص فلا بأس به لعدم كونه مخالفا لمقتضى العقد من الجهتين غايه الأمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۸

أنه شرط الخيار فى زمان خاص.

و فيه قد عرفت أنه لا دليل على بطلان الشروط المخالفه لمقتضى العقد الا من جهه المناقضه و من الواضح أن اشتراط عدم حصول الملكيه للمشترى مثلا مناقض لمقتضى العقد بأن يبيع بشرط أن لا

يملـك المشـترى أو يهب بشـرط أن يبقى العين الموهوبه فى ملـك الواهب و أمـا جعـل الخيـار فى الـبيع إلى الأبـد فلاـ يسـتلزم التناقض لمقتضى العقد كما هو واضح فإنه أى مناقضه لبيع متاع أو دار بشرط أن يكون للبائع أو للمشترى خيار مده العمر فيكون نظير العقد الجائز نعم لو كان هنا دليل التعبدى يدل على أن الشروط لا بدّ و أن لا يكون مخالفه لمقتضى العقد لأخذنا بإطلاقه و بالنسبه إلى الدلاله المطابقيه و الالتزاميه.

و الحاصـل قـد علم أن المنشأ فى موارد جعل الخيار بالشـرط ملكيه محـدوده فأدله اللزوم من الأول قاصـره عن الشـمول لـذلك فضلا عن أن يلزم من جعل الخيار مخالفه الكتاب أو السنه.

و مع الإغمـاض عن ذلـك فنقول: ان الظـاهر من السـنه الـداله على لزوم العقـد هو الحصه الخاصه من العقـد الـذى لم يجعل فيه الخيار و أما ما جعل فيه الخيار فلا يكون مشمولا لها.

و توضـيح ذلك أن الأدله على ثبوت خيار المجلس و ان دلت على لزوم البيع بمجرد الافتراق و كونه واجبا على وجه الإطلاق و لكن لا بدّ من تقييدها بما ذكرناه من أنه ورد فى بعضـها أن اللزوم و الوجوب انما هو بعد الرضا بالعقد كقوله (ع) فلا خيار لهما بعـد الرضا و قـد ذكر أن المراد من هـذه بالعقد كقوله (ع) فلا خيار لهما بعد الرضا و قد ذكر أن المراد من هذه العباره الشـريفه أنه لا خيار مجلس لهما بعد ما أقدما على المعامله و رضيا بها و عليه فهى صريحه فى عدم شمول السنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۰۹

لعقد جعل فيه الخيار فان المتبايعين لم يقدما و لم يرضيا على المعامله

الأعلى النحو الـذى أنشـئاها و من الواضح أنهما أنشأ ذلک بحيث يكون لهما أو لأحدهما حق الفسخ بعد شـهر مثلا أو الى شـهر من زمان العقد فلا يشمله قوله (ع) فإذا افترقا وجب البيع بعد الرضا إذا لم يحصل الرضا بدون الشرط المعلوم.

ثمّ انه قد عرفت أنه لا شبهه

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۶، ص: ۲۰۹

فى جواز اشتراط الشرط فى العقد من دون أن يلزم فيه محذور أصلا

و قـد عرفت أنه يجوز أن يشـترط فيه الخيـار مـده معينه بـل مـا دام العمر و قـد عرفت منـاقشه شـيخنا الأسـتاذ فى ذلـک و عرفت الجواب عنه.

و هل يجوز اشتراط الخيار فى مده مجهوله فى الظاهر و معيّنه فى الواقع

اشاره

(كـأن يجعل البائع المشترى لنفسه الخيار الى قـدوم الحاج أو نزول المطر و نحوهما) أو لا يجوز و الظاهر هو الجواز لعموم الأدله المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم.

و الذى يمكن أن يكون مانعا عن ذلک أحد الأمور الثلثه

الأول ما أرسله العلامه

من أنه نهى النّبى (ص) عن الغرر فان هذا الشرط غررى فيكون منهيا عنه و يكون المشروط به أيضا منهيا عنه.

و فيه مضافا الى عدم ثبوته إذ الثالث المنقول هو نهى النّبى (ص) عن بيع الغرر أنه لا دلاله فيها على فساد المعامله المشروط بهذا الشرط الفاسد الّا بناء على سرايته الى المشروط و هو فاسد و سيأتى الكلام منه.

الثانى: أن هذا الشرط أن شرط الخيار فى مده مجهوله مخالف للسنه فيكون فاسدا

و ذلک فإنه ورد النهى عن بيع الغرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۰

فی الشـريعه المقدسه فاشتراط الشـرط الغرری مخالف له فيكون فاسدا و هذا هو الذی ذكره المصـنف و ذكر أنه أكل من القفاء فان له أن يستدل من الأول بفساد هذا الشرط بدليل النهی عن البيع الغرری.

و كيف كان هذا الوجه أيضا لا يتم فإنه ان كان المراد من الشـرط المخالف للكتاب هو نفس الالتزام بحيث يكون نفس الالتزام بمـا يكون مخالفـا للكتـاب و السـنه أيضا مخالفا لهما فيرد عليه أنه مبنی علی سـرايه فساد الشـرط الفاسـد الی المشـروط و بعباره أخری فالصغری مسلم و لكن الإشكال فی الكبری من أن الشرط الفاسد يوجب بطلان العقد أم لا.

و ان كان المراد به نفس الملتزم به ليكون هو بنفسه مخالفا للكتاب و السـنه فلا شـبهه أن الملتزم به ليس مخالفا للكتاب و السـنه فـان جعل الخيار و ليس فيه مخالفه لهما و الا لكان كل خيار فی كل عقـد مخالفا للكتاب و السـنه و علی الجمله فإن كان المراد من الشـرط نفس الملتزم به فليس فيه مخـالفه للكتـاب و السـنه و ان كـان المراد به نفس الالـتزام و هو و إنكار مخالفا للكتاب و السنه لكونه حراما علی الفرض و لكن لا يری

كونه موجبا لبطلان العقد لانه متوقف على كون الشرط الفاسد موجبا لبطلان العقد أم لا.

الثالث: النبوى المعروف من أنه نهى النبى (ص) عن بيع الغرر بدعوى أن اشتراط الخيار فى البيع مده مجهوله غررى فيسرى إلى البيع فيكون البيع أيضا غرريا. و على هذا فلا يتوقف الاستدلال على جعل الشرط مخالفا للكتاب و السّنه يحتاج إلى إرجاع الشرط الى نفس الملتزم به و لا إلى النهى عن المطلق الغرر لنحتاج الى البحث عن ثبوته و عدمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۱

و لكن يرد عليه أنه ان كان المراد من الغرر هو الجهاله فلا جهاله فى المبيع و ان كان الشرط مجهولا فإنه أى جهاله فى المبيع المعلوم من جميع الجهات الذى وقع عليه البيع إذ لا تسرى الجهاله من ناحيه الشرط الى المبيع أصلا.

و بعباره أخرى بناء على تماميه ما دل على النهى عن الغرر من حيث السند و كون الغرر بمعنى الجهاله فما يكون موجبا للبطلان هو جهاله ما يرجع الى الثمن و المثمن لا جهاله الخارجيه و من الواضح أن العوضين هنا معلوم فلا تسرى الجهاله إليهما من ناحيه الشرط المجهول كما هو واضح على أن الروايه ضعيفه السند و الغرر ليس بمعنى الجهاله.

و ان كان المراد من الغرر هو الخطر كما هو الظاهر على ما قربناه سابقا فلا خطر هنا أيضا فإن الخطر انما يكون فيما لم يعلم أن ما بذله البائع أو المشترى أن مقدار وقع فى مقابله من المال بحيث تكون الماليه التى تحصله فى مقابل ما يعطيه مجهوله فان هذا خطر.

و أما إذا كان ما يساوى ماله معلوما فان فسخ يملك ما بذله نفسه و الا يملك ما

بیـده الـذی أخذه من طرفه فأی خطر فی ذلک و لو لم یعلم أن العقد یفسخ أولا و أنه فی أی وقت یفسخ فان هذا لا یضـر بمالیه المبیع أن الثمن فلا یجعلها خطریه و الا فهـذا یجری فی جمیع موارد الخیارات إذ لا یعلم أن ذی الخیار یفسخ أو لا فهذا بنفسه لا یوجب الغرر.

نعم فالمـالیه فی الثمن أو المثمن تکون خطریه باعتبـار ترق القیمه السوقیه أو تنزلهـا الی زمان الخیار و الفسـخ إذ لا یعلم أنه متی یجی ء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۲

الحـاج أو ینزل المطر حتی یثبت الخیـار لـذی الخیـار فیمکن أن تکون قیمه المبیع نـازله بحیث لا یسوی شـیئا فیکون البیع حینئذ خطریا من ناحیه هذا الشـرط علی أن دلیل نفی الغرر ضعیف و غیر منجبر بشی ء و قد عرفته فی البحث عن القدره علی التسلیم و لکن هذا یجری فی جمیع موارد الخیارات فلا یختص بالمقام فإنه یمکن أن یطرأ هذه الحاله للمبیع فی بقیه الخیارات أیضا ففیما لیس فیه خطر لا وجه لفساد الشرط و فیما فیه خطر فهو مشترک بین المقام و بین بقیه موارد الخیارات.

هذا کله إذا کانت المده مجهوله فی الظاهر و معلومه فی الواقع کأن قال بعتک هذا الشـی ء علی أن یکون لی الخیار مده خاصه و لم یبین المـده أو قـال لی الخیـار و أطلق فهـذا باطـل ثبوتا أیضا لاسـتحاله إمضاء أمر المجهول الا أن یقال أنه یحمل علی ثلثه أیام. کما افتی به جمع من الأکابر و ذکر الشـیخ الطوسی أن علیه أخبار الفرقه و قد عامل بعضهم معامله الروایه و لکن الظاهر أنه لا یکون دلیلا فی المقام إذ لم

نجد روايه تدل على هذا الرأى و لم ينقله احد حتى الشيخ فى كتابيه فلو كان هنا خبر يدل على ذلك لنقله هو أو غيره و الظاهر أنه استنبط ذلك من الروايات و ذكر أن عليه أخبار الفرقه و قد ذكر نظير ذلك فى قصر الصلاه عند الخروج الى الصيد و وجدنا الموارد التى استنباط ذلك منها و عليه فان كان هنا إجماع أو تسالم على حمل مثل هذا الشرط على ثلثه أيام نأخذ به و الّا فيحكم بالبطلان كما هو الظاهر.

(فى مبدء خيار الشرط)

قوله مبدء هذا الخيار من حين العقد

أقول ان كان وقت خيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۳

الشرط معلوما بالنص كأن يجعل لنفسه الخيار فى اليوم الفلانى فهو و الا بأن أطلق و قال بعتك على أن يكون لى الخيار الى خمسه أيام فإن ظاهر الإطلاق هو كون الخيار من حين العقد و الّا كان الإطلاق الغوا و لو جعل لأحدهما الخيار فى اليوم المعين فالإطلاق يقتضى أن يكون مبدء الخيار من أول ذلك اليوم و قال المصنف انه لو شرط خيار الغد كان مبدئه من طلوع الفجر و لكنه مبنى على أن يكون أول النهار من طلوع الفجر و لكنه فاسد بل النهار المقابل لليل أوله من طلوع الشمس و آخره غروبها و بعباره أخرى قد ذكرنا فى مباحث الصلاه أن قوس النهار من طلوع الشمس فما دام أنها تحت الأرض لا يتحقق النهار و مقابل ذلك الليل.

و قد ذهب الشيخ و الحلى الى أن مبدئه من حين التفرق و وجه الشيخ فيما سبق بأنه لا معنى لتعدد السبب لخيار واحد و قد تقدم جوابه بأنه لا مانع من استناد الخيار الواحد

إلى أسباب عديده و يترتب عليه الثمر فيما إذا سقط واحد فإنه يفسخ بالآخر و قد تقدم أيضا النقض بأنه قد يجتمع خيارات عديده فى محل واحد و كيف كان فلا محذور فيه على أنه يرد عليه بأن لازم كلامه هذا أن يكون خيار الشرط بعد خيار الحيوان أيضا.

ثم ان المصنف قد ادعى التبادر هنا أن المتعاقدين انما يجعلان الخيار فى زمان ليس لهما الخيار و الا لم يجعلاه لنفسهما و قد أشار الى ذلك فى السرائر.

و فيه أولا أن التبادر فى نفسه ممنوع و ثانيا ما ذكر المصنف انه لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلثه و لم يلتزموا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۴

بذلك على أنه انما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و مع الجهل به لا يقصد من يجعله لنفسه الخيار الا الجعل من حين العقد لعدم التفاته بخيار المجلس بل هذا هو الأغلب إذ لا يلتفت نوع الناس بخيار المجلس ثمّ أورد المصنف على دعوى أنه بعد انقضاء المجلس الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن تبعيه العقود للقصود و وجوب عدم تخلفها عنها انما هو لو قصد عنوانا خاصا و ترتب عليه عنوان آخر مضاد له كما إذا قصد المتبايعين البيع و ترتب عليه الهبه أو الإجازه أو قصد المتعه و ترتب عليه الدوام بناء على كونهما حقيقتين و أما بيع ما يملك و ما لا يملك فحيث ان القصد فيه فى الحقيقه ينحل الى قصدين فهو ليس من تخلف القصد عن العقد و فى المقام و ان قصدا كون مبدء الخيار من حين العقد الا أنهما قصدا من حينه

إلی سنه مثلا فلو حکم الشارع بأنهما ما داما فی المجلس لیس لهما خیار الشرط فهو لیس من تخلف العقد عن القصد.

أقول: ان کان مراد المصنف أنه یلزم التخلف إذا کان قصد المتبایعین ثبوت الخیار لهما من حین العقد إلی خمسه أیام فأمضی الشارع بعد التفرق إلی خمسه أیام و مقدار زمان قبل التفرق کخمسه أیام و نصف أو ساعه بحیث یضیف الناقص من الأول إلی الآخر فلا شبهه فی کون ذلک من تخلف العقد عن القصد فلا یرد علیه ما أورده شیخنا الأستاذ.

و ان کان مراده أن المتبایعین قصدا لنفسها الخیار من حین العقد إلی خمسه أیام و لکن الشارع ضیق دائره خیارهما و نقص من خمسه أیام بمقدار بقائهما فی مجلس فح لا یلزم التخلف فان المورد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۵

ح من قبیل بیع ما یملک مع ما لا یملک و إمضاء البیع فی ما یملک و عدمه فیما لا یملک. و علیه فإشکال شیخنا الأستاذ متین و نظیر ذلک کثیر فی الشریعه کبیع الصرف و السلم فان الشارع امضاهما بعد القبض و کبیع الفضولی و نحو ذلک.

ثم انه ذکر المصنف أنه لو جعل مبدء الخیار من حین التفرق بطل لأدائه إلی جهاله مده الخیار و قد تقدم أن شرط إذا کان غرریا یفسد و یستلزم کون البیع فاسدا بناء علی کون الشرط الفاسد مفسدا للعقد و الا فیکون الفاسد هو الشرط فقط و لا یسری الغرر الی المبیع و قد تقدم و لکن یمکن عدم الغرر و الجهاله هنا فی هذا المثال کما إذا جعلا الخیار من حین التفرق فان الشرط هنا لا یکون مجهولا لان آخره معلوم فهذه

المده مده الخيار سواء كان بالمجلس أو بغيره فما داما فى المجلس فيه و بعده بخيار الشرط غايه الأمر سبب الخيار مجهول.

(فى جعل الخيار للأجنبى)

اشاره

قوله مسأله يصحّ جعل الخيار لأجنبى

أقول

يقع الكلام فى جهات

الاولى هل يشرع الخيار لا جنبى بعنوان أنه وكيل

لان جعل الخيار له فى قوّه جعل الخيار لنفسه و لا شبهه أيضا فى احتياجه الى القبول و كيف كان فهذا خارج عن محل الكلام.

و انما الكلام فى جعله للأجنبى بغير عنوان الوكاله فقد يقال:

بعدم جوازه فان جعل الخيار فى العقد انما يشرع فى حق من كان طرفا للالتزام و يكون له الخيار فى حل التزامه و إبقائه على حاله و من الواضح أن الأجنبى خارج عن ذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۶

و يضاف الى ذلك أنه لا دليل على مشروعيه هذه الشرط فيكون مخالفا للمشروع فان الثابت فى الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ أو بد خول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ بردّ الثمن لنفس المتعاقدين.

أقول: لا وجه للتمسك فى ذلك بالروايات المستفيضه المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و ذلك لما عرفت سابقا أن هذه الروايات ناظره إلى الحكم التكليفى و أنه لا بدّ و أن يكون المؤمن عند شرطه كقوله (ع) المؤمن عند عهده بل فى بعضها و ليف بشرطه فتكون خارجه عن الأحكام الوضعيه و عن نفوذ الشرط وضعا على أن هذه الروايات ناظره إلى الشروط التى سائغه شرعا فيجوز جعلها فى العقود فى الشريعه المقدسه فلا تكون داله على تشريع الشروط و جعلها.

و بعباره أخرى أنها مسوقه لتجويز جعل الشروط التى سائغه فى الشريعه فلا تكون مشرعه فى نفسها و موجبه لجعل شرط لا نعلم مشروعيته قبل ذلك و عدمها و لذا قلنا أن هذه الروايات وارده فى مقام جعل الخيار لرجوع الشروط بالأخره إلى جعل الخيار بالالتزام و من الواضح أن مشروعيه الخيار ثابت فى الشريعه المقدسه

و أما فی غیر ذلک فالشروط مخالفه للکتاب و السنه فلا یجب الوفاء بها.

و الظاهر أنه لا دافع لهـذا الإشـکال إلا ما ذکرناه سابقا من أن المنشأ هو الملکیه المحدوده بعدم الفسخ فان التزام المتعاقدین انما هو علی هـذا النحو الخـاص و لیس علی وجه الإطلاـق فإنـک قـد عرفت أن الملکیه المنشأ قـد یکون مطلقه و قـد تکون مقیـده لاستحاله الإهمال فی الواقعیات فالملکیه المنشئه هنا مقیده بعدم فسخ الأجنبی فیکون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۷

مـا هو یکون مشـمولا للعقـد الملکیه المقیـده کما هو و بالجمله فکون الملکیه محـدوده بجعل الخیار للأجنبی کتحدیـد الملکیه بجعل الخیار لنفسه.

فتکون أدله اللزوم من الأول داله علی لزوم هذه الحصه فقط فیکون غیر هذه الحصه خارجه بالتخصص و قلنا أن تملیک المبیع و بیعه بالملکیه المحـدوده من حیث الکیف لتقیـده بعـدم الفسخ لا بحسب الزمان متعارف فی الخارج فیکون مشـمولا لأدله اللزوم فنفس أدله اللزوم تدل علی نفوذ هذا النحو من الشـروط فلا تکون هذا الشـروط مخالفه للکتاب و السنه. و لا دافع لهذا الإشکال إلا هذا و الا فلا مقتضی لمشروعیه هذا النحو من الشرط.

الجهه الثانیه فی أنه هل یحتاج هذا الشرط الی القبول

بحیث ما لم یقبل الأجنبی هذا الشرط لا یثبت له الخیار و للمتبایعین الشرط کما أن توکیل الغیر یحتاج الی قبول أو لا یشترط فیه ذلک و ربما یقال أن مقتضی کون کل شخص مسلطا علی نفسه هو أن یکون تملکه شیئا باختیاره و سلطنته فان هذا المضمون و ان لم یکن واردا فی الاخبـار و انمـا الوارد النـاس مسـلطون علی أموالهم و لکن هـذا أمر وجـدانی بـل ثـابت بالأولویه فإن کون الإنسان مسلطا علی ماله یقتضی کونه مسلطا علی نفسه

بالأولويه القطعيه- و قد قال موسى (ع) إِنِّی لٰآ أَمْلِکَ إِلّا نَفْسِی وَ أَخِی و حكاه سبحانه و تعالى فى كتابه الكريم و على هذا فمقتضى القاعده عدم ثبوت الخيار للأجنبى الا بقبوله.

أقول: لا شبهه فى أن تملك أىّ شى ء انما هو بالأسباب الاختياريه التى جعلت فى الشريعه المقدسه من الأسباب المملكه غايه الأمر ثبت على خلاف هذه القاعده تملك الورثه أموال المورث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۸

بالأسباب القهريه و كذلك فى بعض الموارد من غير مسأله الإرث كالمصالحات القهريه و نحو ذلك فليس لأحد جبر غيره تملك شى ء إلا باختياره و لذا أفتوا بعدم وجوب قبول البذل فى الحج ليكون مستطيعا و يجب عليه الحج.

و لكن الظاهر أن الخيار خارج عن حدود الملك و ان فسرناه بملك فسخ العقد و تحقيق ذلك أنه قد تقدم فى أول البيع فى بيان الفرق بين الحق و الحكم أن الجواز الثابت فى العقود الجائزه أو اللازمه بواسطه جعل الشارع أو جعل المتعاقدين حكم شرعى من ناحيه الشارع غايه الأمر أن ما ثبت فى العقود اللازمه يفترق عما ثبت فى العقود الجائزه بوجهين الأوّل أن الثابت فى العقود اللازمه اما بالجعل أو بواسطه جعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان يقبل السقوط بالإسقاط بخلاف العقود الجائزه فإن الجواز فيها أمر ثابت بجعل الشارع و لا يقبل السقوط حتى بإسقاط المتعاقدين و لو قالوا أسقطنا ألف مره.

و قد تقدم فى ما سبق فى أدله خيار المجلس و الحيوان قوله (ع) فذلك رضا بالبيع فعلم أنه سقط بالإسقاط و بعباره اخرى أن فى ذيل تلك الأدله ما دل على سقوط الخيار بالرضا.

الثانى أن الخيار الثابت فى العقود اللازمه ينتقل

الى الوارث بموت المورث و نحوه و الخيار الثابت فى العقود الجائزه بحسب المطيع بحكم الشارع لا يقبل ذلك بوجه و لكن هذان الوجهان يرجعان الى الفرق من حيث الحكم الشرعى و لا- يوجب بينونتهما بحسب الحقيقه و الا- فالجواز شى ء واحد بحسب الحقيقه و لا ميز بينهما و لا بينونه بينهما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۱۹

بحسب الحقيقه فالنتيجه أن الخيار و الجواز فى العقود الجائزه و العقود اللازمه شى ء واحد و حكم شرعى جعله الشارع للمتعاقدين و كذلك ما جعله المتعاقدان فإنه أيضا من قبيل الحكم فقد اعطى الشارع اختيار جعله بيد المتعاقدين و على هذا المنهج فباب الخيارات بالكليّه أجنبيه عن حدود الاملاك المصطلحه و عليه فلا مانع من جعل الخيار للأجنبى من غير أن يكون ثبوته له محتاجا الى القبول فان هذا الحكم شرعى يثبت للأ-جنبى و كونه من قبيل الحقوق و الاملا-ك الحقيقه سالبه بانتفاء الموضوع كما هو واضح فيكون الالتزام بالعقد مقيدا بعدم فسخ الأجنبى فإذا فسخ بطل العقد و الا فيبقى على حاله و لا يكون لقبوله و عدمه أصلا مدخل فى ذلك فمعنى جعل الخيار له هو كون العقد مقيدا بعدم فسخه كما هو واضح.

غايته بجعل المتعاقدين و من هنا يظهر أنه لا يسقط بإسقاط الأجنبى فإن الدليل على سقوط الخيار بإسقاط ذى الخيار انما هو فى المتعاقدين فان الظاهر من أدله ثبوت أنواع الخيار لهما هو ذلك و أما الأ-جنبى بعد قيام الدليل على جوازه فلا يكون قابلا للسقوط بإسقاطه. فلا يكون ساقطا كما لا يخفى.

الجهه الثالثه: أنه هل يجوز للمتعاقدين إسقاط هذه الخيار عن الأجنبى أم لا

فقد اختار السيّد (ره) فى حاشيه الوجه الأوّل قال (أن شرطه كون الأجنبى ذا خيار فخيار الأجنبى حق للمشروط

له فكما يجوز إسقاط خيار نفسه لو جعله لنفسه فكذلك فى الأجنبى و ليس الشرط حدوث الخيار للأجنبى بل دوامه فيكون كخيار نفسه فى جواز إسقاطه و لا يضر سقوط حق الأجنبى أيضا من غير اختياره كما أنه يجوز

للأجنبى إسقاطه فيسقط المشروط له أيضا قهرا عليه).

أقول أن ثبوت الخيار للأجنبى و ان كان حق للمتعاقدين و لكن ذلك فى ناحيه الحدوث دون البقاء فثبوت الخيار للأجنبى حدوثا انّما هو بجعل المتعاقدين و حق لهما فى أن يجعلا الخيار فى العقد لنفسهما أو لغيرهما و أما من حيث البقاء فلا دليل على قبوله السقوط بإسقاط المتعاقدين بل قلنا انه لا يسقط بإسقاط نفس الأجنبى أيضا فكون ثبوت الخيار للأجنبى حدوثا حقا للمشروط له لا يلازم كونه بيده أيضا بقاء بل لا بدّ بعد ثبوته للأجنبى ملاحظه ما دل على سقوط الخيار بالإسقاط و من الواضح أنه ليس لنا ما يدل على سقوطه بإسقاط المتعاقدين بل بإسقاط نفس الأجنبى فيكون نظير الجواز الثابت فى الهبه و غيرها من العقود الجائزه فلا يعقل انفكاكه عن العقد ما دام العقد باقيا و لا شبهه أن سقوط الخيار بالإسقاط يحتاج الى دليل و قد دل الدليل على سقوطه بالإسقاط فى الخيارات المجعوله لنفس المتعاقدين فان فى ذيل أدله خيارى فى المجلس و الحيوان ما يدلّ على سقوطه بالرضا و أما ما جعلاه للأجنبى فلا دليل على سقوطه بالإسقاط.

و بعباره أخرى تاره يشترط المشروط له فى العقد أن يخيط المشروط عليه له الثواب و لا شبهه أن مرجع ذلك الى جعل الخيار لنفسه على تقدير ان لا يخيط له الثوب و له حينئذ أن

يسقط خياره على تقدير تخلف الشرط فان ذلك حق للمشروط له.

و أخرى يجعل الخيار و للأجنبى فلا شبهه حينئذ أن المشروط له له حق الجعل حدوثا و أما بعده فليس له فسخ ذلك لكونه حقا

ثابتا للأجنبى فلا دليل لسقوطه بإسقاط غيره.

و قد انتهى الكلام الى جعل الخيار للأجنبى و قد قلنا أن مرجعه الى تحديد الملكيه المنشأ و كون المنشأ من الأوّل مقيدا فتكون أدله اللزوم من الأول قاصره الشمول لما بعد الفسخ فضلا عن أن يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنه.

و بقى الكلام فى الجهتين الأخرتين

الاولى فى أن خيار الأجنبى هل هو مشروط بملاحظه الغبطه و المصلحه أم لا

فنقول قد يكون جعل الخيار للأجنبى مشروطا بمراعاه مصلحه من جعل الخيار له و حينئذ فلا شبهه فى كون خياره مقيدا بذلك فلا يكون فسخه نافذا بغير ملاحظه المصلحه و قد يجعل له الخيار على وجه الإطلاق سواء كان فى الفسخ مصلحه أم لا و حينئذ فيكون له الخيار على وجه الإطلاق هذا لا شبهه فيه مع التصريح بذلك فى مقام الإثبات و أما لو جعل الخيار للأجنبى مع عدم التصريح بكونه ذى خيار على وجه الإطلاق بل إطلاق فهل يثبت له الخيار أيضا على وجه الإطلاق أم ينصرف إلى صوره كون الفسخ مصلحه للمشروط له.

أقول ان كان جعل الخيار للأجنبى من كلا المتبايعين فلا وجه لملاحظه المصلحه لهما ح فان الغالب أن البيع يكون مصلحه لأحدهما و غير مصلحه للآخر فان الغالب أما أن يكون فيه ربح المشترى أو ربح البائع و قلما يتفق أن يكون البيع مصلحه للبائع و المشترى معا و عليه فلا وجه لملاحظه المصلحه فهما و لو كان جعل الخيار و للأجنبى من أحدهما فقط دون الآخر و مع ذلك أطلق

فی جعله فهل ینصرف ح إلی صوره وجود المصلحه فی الفسخ أم لا فنقول أن ثبوت الخیار للأجنبی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۲

علی وجه الإطلاق و ان کان ممکنا ثبوتا و لکنه ینصرف إلی صوره کون فسخ الأجنبی مصلحه للمشروط له فان الظاهر أن جعل الخیار له لیس علی وجه یکون فی نفس الجعل غرض بل هو من جهه أن المشروط له لیس له بصیره علی حال البیع و انه جاهل بخصوصیات البیع و المبیع و أن هذه المعامله مصلحه له أم لا لکونه غیریا مثلا فجعل الخیار له من جهه أن یلاحظ مصلحه هذا الشخص و الا فیکون نقضا للغرض کما لا یخفی.

و علیه فدعوی الانصراف إلی صوره وجود المصلحه لیست بدعوی جزافیه الا- أن یصرح علی کون الخیار للأجنبی علی وجه الإطلاق.

الجهه الثانیه: أنه لو جعل الخیار لشخصین أو لنفسه مع الأجنبی أو لعده أشخاص فهل یکون الخیار لکل منهما أو علی المجموع أو غیر ذلک

و قد عرفت فی خیار المجلس نظیر ذلک فنقول إجمالا أنّ الخیار تاره یکون ثابتا للطبیعه علی نحو الکلی الطبیعی بحیث کل من سبق إلی اعمال الخیار من الفسخ أو الإمضاء یتحقق الطبیعی فی ضمنه فلا یبقی خیار لفرد آخر من هذه الطبیعه أصلا و هذا لا شبهه فیه و قد یکون ثابتا لکل فرد فرد بعنوان الفردیه لا- بما أنهم من مصادیق الطبیعه و علی هذا فیکون کل واحد منهم ذی خیار و علیه فان سبق أحدهما إلی الفسخ فلا یبقی موضوع لخیار الثانی فإنه یوجب انهدام العقد و انحلاله من أصله فلا یبقی شی ء حتی یکون الثانی یعمل خیاره.

و ان کان أمضی العقد فیکون العقد ممضی من قبله فقط فلا یکون ذلک مضاء من قبل الآخرین و قد عرفت النکته بین الفسخ و الإمضاء فی خیار المجلس

و قلنا أن الفسخ هو انحلال العقد فلا يعقل الا من الطرفين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۳

و هذا بخلاف الإمضاء فإن الإمضاء من أحد الطرفين لا يستلزم الإمضاء من الطرف الآخر.

و قد يكون الخيار ثابتا للمجموع من حيث المجموع فقد قربنا فى خيار الورثه و عليه فإمضاء كل من الطرفين أو فسخه لا يؤثر الا من قبله فقط فيكون خيار الآخرين باقيا على حاله فلهم الفسخ أو الإمضاء فإن اتفق جميع هؤلاء على الفسخ انفسخ العقد و الا يبقى العقد على حاله و كيف كان فالخيار تابع لجعل الجاعل كما هو واضح.

قوله مسأله يجوز لهما اشتراط الاستيمار بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبى فى أمر العقد

أقول

حيث كان الكلام فى جعل الخيار للأجنبى فلمناسبه ذلک ذكر مسأله الاستيمار فى أمر العقد

اشاره

و ان لم يكن من جعل الخيار فى شى ء.

فنقول انه يمكن تصوير ذلك بوجوه و لكن المناسب للمقام اعنى مسأله جعل الخيار للأجنبى. وجهان الذان ذكرهما السيّد (ره).

الأول أن يكون مرجع ذلک الى جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبى بالفسخ و الا فلا

و عليه فهل يجوز له أن يفسخ قبل الأمر و الاستيمار أم لا الظاهر بل المقطوع به هو العدم لأنّه انّما جعل لنفسه الخيار على تقدير خاص فليس له أن يفسخ بغير هذا التقدير إذ لا خيار له بدونه و أما لو أمر الأجنبى الذى جعل لنفسه الاستيمار منه قبل الاستيمار فهل يجوز له الفسخ بذلك أم لا و الظاهر هو جواز الفسخ بهذا الأمر و ذلك لان الاستيمار ليس له موضوعيه فى ثبوت الخيار للمشروط له و انّما هو طريق الى تحصيل الأمر من الغير فإنه لا داعى لهذا الغير أن يأمر بالفسخ أو الإمضاء بدون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۴

الاستيمار و لذا يستأمر منه و الا فالغرض هو تحصيل الأمر فقط و عليه فيجوز الفسخ ان أمر به الأجنبى بدون الاستيمار فإنه يثبت له الخيار بذلك الأمر.

ثم انه إذا استأمر من الشخص المعلوم فلم يأمر بالفسخ بل بارک له فى معاملته فليس للمستأمر حق الفسخ أصلا إذا كان له الخيار على تقدير أمره بالفسخ و ان أمر بالفسخ فيجوز له ان يفسخ و يجوز له أن لا يفسخ لأن الحق له نعم لو كان عنده أمر بالفسخ حق للطرف الأخر أيضا بأن كان الطرف اشترط عليه أن يفسخ بأمر المستأمر بالفسخ وجب عليه الفسخ كما لا يخفى.

و أما وجوب الفسـخ فلا يثبت له حكم تكليفی وجوبی لما عرفت أن الخيار حق لـذی الخيار فيثبت به له حق فی فسـخ العقـد أو إمضائه و

أما الحكم التكليفى فلا يثبت هنا بوجه.

ثم انه بناء على ما تقـدم من ذهاب المشـهور الى بطلان الشـرط بكونه مجهولا كجعل الخيار لأحدهما على تقدير نزول المطر أو قدوم المسافر فلا شبهه فى بطلان البيع لمجهوليه الخيار الناشئ من جعل الاستيمار من شخص لنفسه بناء على هذا الوجه الذى هو الظـاهر و المنـاسب لمسأله جعل الخيار للأجنبى فإن الشـرط ح يكون مجهولا إذ لا فرق بين هـذا و بين جعل الخيار على تقـدير قـدوم الحـاج و من الواضـح أن جعـل الخيـار على تقـدير أمر الفلاـن بالفسـخ إذا اسـتأمره أمر مجهول فلاـ منـاص لهم من القول بالبطلاـن لجهاله المعامله على مـذاق المشـهور و أما بناء على ما ذكرناه من عـدم كون البيع غرريا بـذلك مع كون ما يأخـذ كل منهما أو يراجعه من الآخر بعد الفسخ معلوما أعنى العوضين. و قد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۵

عرفت ذلك و هذا هو الوجه الأول و هذا هو المرتكز فى الأذهان و ينصرف إليه الإطلاق.

الوجه الثانى: أن يشترط أحد الطرفين على الآخر عدم الفسخ ما لم يأمر الأجنبى بذلك

بحيث يكون فى ذلك حق لكليهما معا بخلاف السابق فإنه كان الشـرط لأحـدهما فقط و هـذا الوجه لا محصل له أصـلا فإنه ان كان المراد به اشتراط عدم الفسخ ما لم يأمر به المسـتأجر بالفتح فلو فسخ قبل الأمر ينفسخ العقد و لكن يثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط كما هو الظاهر من الاشتراط و ح فلا يبقى مجال لثبوت الخيار للطرف الآخر مع التخلف إذ لا يبقى موضوع للخيار أصـلا بعد انهدام العقد و توضيح ذلك أنه على المختار من رجوع الشرط الى جعل الخيار على تقدير التخلف فلا يبقى موضوع لذلك فإنه يكون فسخه مؤثرا فى العقد فلا يبقى هنا

عقد حتى يفسخه الطرف الآخر بخيار تخلف الشرط من جهه عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط أعنى به عدم الفسخ قبل الأمر و بالجمله فاشتراط عدم الفسخ ح لا أثر له أصلا.

و على مسلك المشهور من كون الاشتراط موجبا لمجرد إثبات حكم تكليفى أعنى وجوب الوفاء بالشرط فلو خالف من له خيار الفسخ بالأمر بعد الاستيمار ففسخ قبل الأمر قد فعل فعلا محرما و أما عدم نفوذ فسخه فلا مانع منه فان ثبوت الحكم التكليفى لا يمنع عن تأثير الحكم الوضعى فيمكن أن يكون الفسخ حراما و مع ذلك يكون نافذا و أما على مسلك شيخنا الأستاذ من كون الشرط موجبا لعجز المكلف تكليفا عجزا شرعيّا لكون المنع الشرعى كالمنع العقلى فلا يكون الفسخ مؤثرا و لكن قد عرفت عدم تماميته و يأتى التراضى بذلك فى باب الشروط إنشاء اللّه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۶

و ان كان المراد من اشتراط عدم الفعل اعنى عدم الفسخ ان لا يكون له حق الفسخ قبل الأمر فيكون ذلك عين الوجه الأول فلا يكون وجها آخر غيره فيكون معنا جعل الخيار على تقدير أمر الأجنبى به.

الثالث أن يكون المراد من الاستيمار اشتراط أحدهما الفسخ بعد أمر المستأمر بالفتح بذلك

بحيث يشترط الفعل الوجودى دون العدمى و هذا صحيح غير الوجه الأول و لكنه خلاف المرتكز و خلاف الانصراف و عليه فإذا أمر المستأمر بالفتح ففسخ المستأجر بالكسر فبها و الّا فيثبت للطرف الآخر خيار تخلف الشرط فيفسخ هو بنفسه كما هو واضح.

قوله مسأله من افراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه و يقال له بيع الخيار

اشاره

و هو جائز عندنا

أقول قد عرفت. أصل خيار الشرط و وجه ثبوته للمشروط له و يقع الكلام فى بعض أقسام الخيار و من أفراده ما هو المعروف الذى يسمى ببيع الخيار فى العرف اى بيع فيه الخيار و معناه أن يبيع متاعا على أن يكون له الخيار بعد رد الثمن و قد تعارف ذلك فى الخارج لعلاقه الناس بأموالهم و احتياجهم الى البيع و يريد أن يجمع بين الحقين و هذا لا- خلاف فى جوازه بين الأصحاب و لكن العامه بنوا على خلافه و جرى عليه القانون الحكومى فى الخارج و لذا لا يمضون مثل هذه المعامله بل بنوا على معامله الرهون.

و كيف كان فلا شبهه فى مشروعيه هذه المعامله و يكفى فى مشروعيته مضافا الى التسالم بين الفقهاء الأدله المستفيضه المتقدمه الداله على أن المؤمنين عند شروطهم و أن القاعده تقتضى صحه ذلك لكون انشائهم على هذا النحو الخاص و يدل على صحه ذلك مضافا

الی ما ذکر من الروایات الکثیره بین صحیحه و موثقه و غیرهما فإنّها صریحه فی صحه هذا النحو من البیع و انّما الکلام فی تصویر ذلک

[فتوضیح المسأله یتحقق بالکلام فی أمور]

[الأمر الأول أن اعتبار رد الثمن فی هذا الخیار یتصور علی وجوه]

اشاره

فقد ذکر المصنف هنا وجوها خمسه.

الأول أن یکون الخیار معلقا برد الثمن

بحیث متی ردّ الثمن ان یکون له الخیار فی رد المبیع.

الثانی: أن یکون رد الثمن قیدا للفسخ

بأن یشترط علی الطرف أن یکون الرد قیدا للفسخ بمعنی أن له الخیار فی کل جزء فی المده من زمان العقد الی زمان ردّ الثمن و لکن لیس له أن یفسخ الّا بعد ردّ الثمن.

و الظاهر أن هذا الوجه لیس وجها آخر فی مقابل الوجه الأول فإنه إذا کان الفسخ مقیدا بردّ الثمن فمعناه أنه لا یقدر علی الفسخ قبل ردّ الثمن و معنی عدم قدرته علی الفسخ قبله أنه لا خیار له قبل ردّ الثمن فیکون الفرق بین الوجهین بحسب الصوره فقط و الا ففی الثانی أیضا نفس الخیار مقید برد الثمن و قبله لا خیار له أصلا.

الوجه الثالث: أن یکون ردّ الثمن فسخا فعلیّا

بأن یراد منه تملیک الثمن لیتملک منه المبیع. أقول الظاهر أن هذا الوجه أیضا عند التحقیق لیس وجها آخر فی مقابل الوجه الأول فإن معنی کون ردّ الثمن فسخا فعلیّا أنه لا خیار له قبل رد الثمن غایه الأمر أن فسخه مقید بکونه بردّ الثمن و عدم تحققه بالقول فتکون دائره الفسخ مضیقه و هذا لا یوجب جعله قسما آخر فی مقابل الأول و الا فیمکن أن یکون هنا تقسیمات کثیره باعتبار القیام و القعود و لبس البیاض و لبس السواد و غیر ذلک من الاعتبارات و لا شبهه ان المراد بکون ردّ الثمن فسخا لیس

رده على وجه الإطلاق و لو كان الرّد بعنوان الوديعه أو العاريه أو غير ذلك من العناوين بل بعنوان أن يكون فسخا و يتحقق به الفسخ و اذن فيكون معناه أن له الخيار بعد ردّ الثمن بشرط أن يكون الفسخ بردّ الثمن دون غيره و ليس هذا الا كون أصل ثبوت الخيار مقيدا بقيد

خاص.

الرابع أن يؤخذ ردّ الثمن قيدا لانفساخ العقد.

و الظاهر أن هذا أيضا ليس فى مقابل الوجه الأول وجها آخر فى المقام و ذلك لا مرجع هذا الى ان العقد ينفسخ بحصول سبب الفسخ و إيجاد ما يتحقق به الفسخ و هو عين الوجه الأول فإنه عليه أيضا ينفسخ العقد بإيجاد ما يتحقق به الفسخ من الفسخ القولى أو الفعلى كما هو واضح.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الإقاله على المشترى

بأن يلتزم المشترى على نفسه أن يقبله إذا جاء الثمن و استقاله و هذا الوجه مغاير للوجه الأول فإن المشترى يشترط على البائع أن يقبله إذا جاء بالثمن فليس هذا اشتراط خيار على تقدير بل معناه أنه يشترط الإقاله و ح فإذ جاء بالثمن فاستقاله البائع فأقاله فبها و الا كان للمشترى خيار تخلف الشرط كما هو واضح فيفسخ هو بنفسه. و على الجمله فمرجع الوجوه الخمسه إلى الوجه الأول الا هذا الوجه الأخير.

قوله (ره) الأمر الثانى الثمن المشروط رده

أقول قد عرفت أنه لا شبهه فى جواز جعل الخيار بردّ الثمن ثمّ ان الثمن الذى كان الخيار مشروطا بردّه قد يكون كليّا فى ذمه البائع قبل البيع و قد يكون عند المشترى أما الأول فكما إذا كان البيّع مقروضا لزيد عشره دنانير فباع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۲۹

منه كتابا بعشره أيضا فإنه لا شبهه ح فى سقوطه عن البائع فلا يعقل هنا اشتراط الخيار بردّ الثمن و هذا خارج عما نحن فيه نعم لو تفاسخا و ردّ المشترى المبيع إلى البائع يكون ذمه البائع أيضا مشغوله بما كان مشغوله به أولا كما هو واضح.

و أما إذا كان الثمن عند المشترى كليّا أو شخصيّا أو فى ذمّه شخص آخر على نحو الكلى فى الذمه أو فى المعين فنقول ح أن الكلام تاره يقع قبل القبض و أخرى بعده أما إذا كان قبل القبض فقد يكون كليّا و قد يكون شخصيا أما الأول فالظاهر ثبوت الخيار للبائع فإنه و ان كان الخيار مشروطا برد الثمن إلى المشترى و كان المتفاهم العرفى من الرد كونه بعد القبض فان معنى الرد هو رد المأخوذ و لكن الردّ بنفسه ليس له موضوعيه بل

الغرض وصول الثمن إلى المشتری و کونه عنده و من الواضح أن هذا النتیجه حاصله قبل القبض و الإقباض فما لم یقبض المشتری الثمن من البائع فله الخیار الی الوقت الذی جعل فیه الخیار مشروطا برد الثمن و لا شبهه أن هذا مما علیه الارتکاز العرفی و هل له الخیار بعد انقضاء المده و قبل الإقباض بأن اشترط البائع علی المشتری ثبوت الخیار له إذا رد الثمن الی ثلثه أشهر و تم ثلثه أشهر فلم یقبض المشتری الثمن حتی انقضت المده فقد احتمل المصنف هنا وجهان الأول لزوم البیع لانقضاء المده التی اشترط فیها الخیار بردّ الثمن.

و الثانی عدم اللزوم بناء علی أن اشتراط الرد بمنزله اشتراط القبض قبله فان الردّ بدون القبض لا معنی له فحیث لم یحصل الشرط فلم یکن البیع لازما بل یکون متزلزلا کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۰

و فیه أن الرد بحسب المتعارف و المتفاهم و إن کان منوطا بالقبض و لکن ارتفاع الخیار المشروط بالرد لیس متوقفا علی تحقق القبض فلیس له موضوعیه فما لم یخرج أمد الزمان الذی فیه الخیار مشروطا بالرد الثمن فللمشروط له الخیار قبل القبض و بعد انقضاء المده یتم أمد زمان الخیار المجعول لعدم الاشتراط وراء هذا الزمان فلیس هنا شرط آخر أیضا یدور مداره الخیار و لا یفرق فی ذلک حصول القبض و عدمه نعم قبل انتهاء زمان الخیار فعدم القبض یفید فائده الرد کما عرفت و الحاصل أن ردّ الثمن و ان کان موجبا لثبوت الخیار و ان عدم القبض یفید فائدته و لکن فی زمان خاص و المفروض أنه تم هذا الزمان کما لا یخفی فافهم.

نعم یثبت للبائع

الخيار لكن لا بهذا الشرط بل لتخلف الشرط الضمنى حيث أن من المرتكزات الضروريه أن كل من يعامل فيشترط فى ضمن العقد وصول بدل ماله إليه فى أى وقت يطالبه الا مع اشتراط التأخر فإذا تخلف الشرط و تأخر الثمن ثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط الضمنى.

و أما إذا كان الثمن شخصيا.

فتاره يشترط البائع على المشترى ثبوت الخيار بردّ عين الثمن.

و أخرى برد بدله مع التلف و الا فيرد عينه.

و ثالثه يشترط لنفسه ثبوت الخيار بردّ بدل الثمن سواء كانت عين الثمن موجوده أو تالفه.

و رابعا يشترط لنفسه الخيار بشرط رد الثمن و يطلق و لم يصرح برد بدله و عدمه أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار له برد نفس الثمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۱

و مع التلف يسقط الشرط و يكون البيع لازما لاستحاله رد عين الثمن بعد التلف و أما الثانى فهو واضح أيضا فإن ثبوت الخيار تابع للشرط فإذا سقط الشرط ثبت الخيار برد عينه مع البقاء و رد بدله مع التلف ثبت له الخيار بحسب هذا الاشتراط إذا كان الرد فى زمن الشرط.

و أما الثالث فهو اشتراط الخيار برد مثل الثمن و لو مع بقاء العين فقد أشكل المصنف فى ذلک فان قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوض و المعوض الى صاحبه فردّ بدله مخالف لذلک.

أقول تاره يشترط البائع على المشترى ثبوت الخيار لنفسه برد مثل الثمن لا من جهه أن يكون الثمن باقيا فى ملک البائع و يعطى بدله للمشترى بل غرضه أن يكون بدل الثمن نظير الوثيقه عند المشترى ليطمئن من رد أصل الثمن و يردّ بدله الى نفس البائع و هذا لا شبهه فيه

بوجه فلا يكون البدل ملكا للبائع إلا إذا حصلت مراضاه جديده و مبادله جديده.

و ان كان غرضه كون المثل عوضا عن الثمن فح يرد عليه ما ذكره المصنف من أن قانون الفسخ يقتضى رجوع كل من العوضين الى صاحبه و لكن الظاهر أنه لا- مانع من ذلك فان معنى ثبوت الخيار برد مثل الثمن ليس هو ما ذكره المصنف ليرد عليه الاشكال المذكور بل معناه أن البائع عند اشتراط هذا الشرط يفعل أمرين أحدهما أنه يجعل لنفسه الخيار بحيث يقدر على الفسخ و الثانى يشترط على المشترى المبادله بين الثمن و بدله على تقدير الفسخ و لو كان الشرط الثانى بحسب الارتكاز و عليه فإذا فسخ المعامله برد بدل العين يفعل أمرين أحدهما فسخ المعامله و الثانى تبديل بدل الثمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۲

بأصله بمراضاه جديده و لا شبهه فى صحه مبادله مال بمال و ان لم يكن أحدهما ثمنا و الآخر مثمنا فان نفس عنوان المبادله عن تراض من المعاملات المشروعيه فى الشريعه المقدسه.

و بعباره أخرى أن تبديل الثمن بغيره و لو كان ذلك الغير مثله من جميع الجهات و ان كان يحتاج الى مراضاه جديده و لكن البائع قد اشترط ذلك فى ضمن العقد و قد اشترط فسخ المعامله بالرد و اشترط أيضا تبديل بدل الثمن بالمثمن فافهم. و أما إذا كان البائع اشتراط ثبوت الخيار له برد الثمن مطلقا فقد استظهر المصنف من ظاهر اللفظ كون الخيار مشروطا برد نفس الثمن دون مثله فان المرتكز من الثمن هو نفسه لا بدله و هذا الذى أفاده و ان كان متينا فى غير هذا المورد و لكنه لا يمكن المساعده عليه

فى خصوص المقام فان من الواضح بحسب مرتكزات العرفيه و متفاهم أن من يبيع داره بهذا الشرط معناه أن له احتياج الى الثمن ليصرفه فى محاوجه و لكن حيث كان له رغبه إلى ماله فلا يريد أن يخرج من تحت تصرفه فيبيعه بهذا الشرط ليكون جمعا بين الحقين فإذا لاحظ العرف هذا المعنى يقطع أن اشتراط ثبوت الخيار برد الثمن هو رد بدله مع التلف و ان أطلق البائع فى مقام الاشتراط و هذا واضح جدا.

و بعباره أخرى قد ذكر المصنف أنه إذ اشترط البائع على المشترى الخيار على تقدير رد الثمن فيحمل على رد الثمن فقط دون بدله فان الظاهر من الثمن بحسب الارتكاز هو ذلك فلا يطلق على بدله فاشتراط رد الثمن يكون منصرفا الى ما هو الظاهر و الغالب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۳

أعنى نفس الثمن دون بدله.

و ذكرنا أن هذا الذى ذكره المصنف انما هو متين فى غير هذا المورد فان الظاهر من إطلاق الثمن هو نفسه و أما فى المقام فلا لخصوصيه تقتضى أن يراد من اشتراط ردّ الثمن ردّ الأعم منه و من بدله و هذه الخصوصيه أعنى قيام القرينه الخارجيه على ذلك فان كون المشترى فى مقام صرف الثمن و احتياجه الى ذلك مع اشتراط الخيار على تقدير رد الثمن يقتضى إراده الأعم من رد نفس الثمن و ردّ بدله و هذه القرينه تقتضى رفع اليد عمّا ذكره المصنف فى خصوص المقام. و لكن لا بدّ من تخصيص ذلك بما إذا كان الثمن الذى احتاج الى صرفه من النقود أو ما يشبه النقود كالحنطه و نحوها بحيث إذا صرف فى المحاوج لا يبقى له موضوع أصلا

و أما إذا كان مما لا ـ يكون كذلك بحيث يبقى مع رفع الاحتياج كأن أخذ كتاب الجواهر للمطالعه بعنوان جعله ثمنا لمتاع فاشترط ثبوت الخيار على تقدير ردّ الثمن فإنه لا يمكن رفع اليد عما ذكره المصنف و حمل كلامه على الأعم من رد الثمن و رد بدله.

هذا كله إذا كان الثمن شخصيّا و أما إذا كان كليّا فان كان كليّا فى ذمه البائع فقد عرفت خروجه عن مورد الكلام فإنه بمجرد تحقق البيع يسقط و لا يبقى شى ء فلا يعقل رد الثمن حينئذ غايه الأمر إذا تفاسخا تكون ذمه البائع أيضا مشغوله بالثمن ثانيا.

و ان كان كليا فى ذمه المشترى أو شخص آخر بحيث يكون ما يعطيه المشترى للبائع مصداقا من ذلك الكلى لا عين الثمن فان المفروض أن الثمن هو الكلى و حينئذ ان اشتراط المشترى أن يكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۴

المردود عند الرّد هو نفس ما يعطيه المشترى للبائع و الا فلا خيار له فهذا الاشكال فيه فان ردّ البائع نفس ما أخذه ثبت له الخيار نظير ما تقدم فى الثمن الشخصى و ان اشتراط البائع ثبوت الخيار له برد الثمن أعم من رد عينه أو بدله و هذا أيضا لا شبهه فيه فيكون الشرط متبعا كما تقدم فى الثمن الشخصى و أما إذا اشترط البائع على المشترى ذلك و أطلق فهذا هو محل الكلام بين الاعلام فذكر المصنف أن المتبادر بحكم الغلبه فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار و هو رد ما يعلم البدل اما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الاخبار المتقدمه الا أن المتيقن منها صوره فقد العين.

أقول لا شبهه

فى انّه إذا كان الثمن كلّيا فلا يكون المدفوع بعينه ثمن بل ممّا ينطبق عليه الثمن الكلى و على هذا فلو اشتراط البائع ثبوت الخيار له مع رد الثمن مطلقا فلا يعقل رد نفس الثمن على كليته لانه غير قابل لذلك مع أنه لم يؤخذ حتى يرد و عليه فيكون مقتضى الإطلاق هو رد ما يكون مصداقا للكلى و مما ينطبق عليه الثمن و من الواضح أن صدق هذا المعنى بالنسبه إلى المأخوذ و الى بدله سيان فان كليهما ليس بثمن حقيقه و ان كليهما مما ينطبق عليه الثمن الكلى فدعوى انصرافه إلى المأخوذ و بدله يحتاج إلى عنايه زائده و هى منتفيه كما هو واضح إلا إذا اشترطا رد خصوص المأخوذ الشخصى و هو خارج عن الفرض.

و عليه فالإطلاق هنا متعاكس مع الإطلاق فى صوره كون الثمن شخصيا فإن الإطلاق هنا كما عرفت منصرفه إلى رد خصوص نفس الثمن و لكنه فى المقام يعم المأخوذ و بدله على حسب القاعده من غير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۵

احتياج الى دعوى الغلبه أصلا كما كان كذلك فى السابق.

قوله الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب إلخ

أقول: قد ذكر أن ظاهر الأصحاب على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع أنه لا يكفى مجرّد الرّد فى الفسخ و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و ذكر المصنف ان هذا حسن مع عدم الدلاله أما مع فرض الدلاله عرفا بكون رد الثمن تمليكا للمشترى و أخذ للمبيع على وجه المعاطاه فلا وجه لعدم الكفايه مع تصريحهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلاله.

أقول قد يقال أن الوجه فى قولهم

هـذا هو اشتراط كون الفسـخ بلفظ كما اشترطوا ذلك فى العقود و إيقاعات و من الواضـح أنهم لم يشترطوا فى الفسخ ذلك بل اكتفوا بمطلق ما يكفى فيه إظهار الفسخ و لو كان برد الثمن بل بما هو اخفى منه كما ذكره المصنف.

و ذكر شيخنا الأسـتاذ أن رد الثمن مقدمه للخيار أو للفسخ أو للإقاله فيجب بعده إنشاء الفسخ أو اعمال الخيار أو الإقاله بغير هذا الرّد الذى به يتحقق ملك الخيار أو الفسخ أو الإقاله.

و فيه أن رد الثمن ان كان بعنوان التمليك أو تمليكه للمشترى ليأخـذ المبيع لا تمليكا مجانيا فلا شـبهه فى تحقق الفسخ بذلك و كونه مبرزا للفسخ فلا يكون الرّد مقدمه للخيار أو الفسخ بل يكون الفسخ بنفس الرّد بل بما هو أخفى منه كما ذكره المصـنف و غيره.

و ان كـان بعنوان أن يبقى فى ملكه و لكن يكون عنـد المشـترى وديعه أو عـاريه على نحو الوثيقه العرفيه ليطمئن بـأنه يرد الثمن بعد ما فسخ العقد فلا شبهه حينئذ أن كون ما عند المشترى بدلا عما بذله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۶

للبـائع يحتـاج إلى مراضـاه و معامله جديـده كما عرفت و هو خلاف الظاهر و خلاف المرتكز العرفى و بـدون ذلك فلكل منهما مطـالبه حقه من الأـخر و بعباره أخرى أن ما رده البائع إلى المشترى اما بعنوان التمليك أو بعنوان العاريه يبقى فى ملك البائع أو مجهول المالك فلا سبيل الى غير الشق الأول و قد عرفت أنه عين الفسخ كما هو واضح.

قوله الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاط

أقول ذكروا أن من جمله مسـقطات هذا الخيار هو الاسـقاط و لا شـبهه فى سـقوطه بالإسـقاط و لكن مقتضى ما ذكره العلّامه فى التذكره

من أنه لا يجوز إسقاط خيارى الحيوان و الشرط بعد العقد بناء على أن مبدء خيارى الحيوان و الشرط بعد انقضاء المجلس لا بعد العقد فان ذلك إسقاط لما لم يجب فإنه عليه لا يجوز إسقاط هذا الخيار أيضا بناء على أنه انّما يثبت بعد رد الثمن أو برده كما هو واضح.

و قد أجاب عنه المصنف بأنه بناء على عدم جواز إسقاط ما لم يجب بأنه فرق بين المقام و بين ما فى التذكره من أن المشروط له هنا متمكن من الفسخ و لو بإيجاد سببه حيث ان له أن يعطى الثمن و يفسخ و لكن الأمر ليس كذلك فى خيارى الحيوان و الشرط بناء على كون مبدئهما بعد انقضاء المجلس.

و لكن يرد عليه وجهان: الأول: أن الدليل أخص من المدعى فإنه قد لا يكون المشروط له متمكنا من الرّد فلا يكون ما ذكره المصنف جاريا هنا و ثانيا: أن المتمكن من إيجاد الخيار برد ثمنه لا يثبت الحق الفعلى له ليسقطه حتى يخرج عن إسقاط ما لم يجب بل هو باق بعد على تقدير بته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۷

و التحقيق أنه لا دليل لفظى على عدم جواز إسقاط ما لم يجب غير أنه ذكره جمع من الفقهاء بل فى بعض الموارد لا يساعده العرف أيضا كما إذا إسقاط خياره المجلس قبل البيع مثلا.

و عليه ففى كل مورد قامت السيره على عدم الجواز تأخذ به و فى غيره لا بأس من الالتزام بجواز إسقاط ما لم يجب كما هو واضح إذ لا يلزم منه محذور عقلى و لا شرعى أصلا.

ثم انه يسقط هذا الخيار بانقضاء المده مع عدم رد الثمن أو بدله مع

الشرط فإنه لا شبهه فى سقوط هذا الخيار حينئذ لأنه بعد خروج المده لا مورد للخيار بل هو رضا بالبيع كما فى خيارى المجلس و الحيوان ثم انه إذ ردّ البائع الثمن فتبين بعد انقضاء المده أن المردود من غير جنس الثمن الذى أخذه فلا شبهه فى عدم تأثير الفسخ حينئذ حتى لو كان ردّ غير الجنس غفله فإن ما رده غير ما اشترط الخيار برده و ما اشترط الخيار برده لم يرد إلى المشترى فلا يكون فسخه برد غير الجنس مؤثر فى الفسخ و ليس له حق الفسخ بعد ذلك و لو رد عين الثمن أيضا لا لانقضاء المده كما هو المفروض.

ثم انه إذا ظهر الثمن المردود معيبا فهل يكون الفسخ مؤثرا حينئذ أم لا و الظاهر أن تأثير الفسخ حينئذ و عدم تأثيره منبى على ما ذكر فى بيع الكلى من انصراف الثمن أو المثمن الى العوضين الصحيحين اى فيما إذا كان كل من الثمن أو المثمن كليّا فإنه لو أعطى كل منهما الآخر عينا شخصيه معيبه بعنوان الثمن و المثمن فهل يحسب هذا ثمنا أو مثمنا بحيث ليس للبائع مطالبه ذلك لو رضى به المشترى أو لا يكون ذلك من الثمن و المثمن فى شى ء بل لكل منهما مطالبه ماله من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۸

الأخر غايه الأمر لو رضيا يكون المعيب بدلا عن الثمن أو المثمن فإنما هو بمعامله جديده.

و الظاهر أنه لا شبهه فى انصراف العوضين فى البيع الكلى إلى الصحيح و مع ذلك لو رضى كل منهما بالمعيب يكفى عن العوض الصحيح من غير احتياج إلى المبادله الجديده و توضيح ذلك أنه إذا باع أحد داره بالثمن

الكلى فإنه يكون ذلك منصرفا بحسب الشرط الضمنى إلى الثمن الصحيح فإذا طبقه المشترى فى مقام الإعطاء و الإقباض بثمن معيب فللبائع استبداله بثمن آخر صحيح و له إسقاط وصف الصحه أيضا و الرضا بالمعيب و ليس للبائع مطالبه هذا المعيب بدعوى أنه ليس بثمن كما كان له ذلك إذا ظهر من غير جنسه و الوجه فيه ان المعيب حقيقه مصداق لكلى الثمن غايه الأمر قد فقد وصفا من الأوصاف المعتبره فيه.

و بعباره أخرى أن هنا معاملتان أحدهما بيع المتاع المعين أو الكلى بثمن كلّى و هذا قد تم بالإيجاب و القبول و لا شبهه فى انصراف الثمن فى هذه المعامله إلى الثمن الصحيح بحسب الشرط الضمنى الارتكازى.

ثم ان الثمن بعد ما كان كليا فيحتاج تطبيقه على أىّ فرد من أفراد ذلك الى معامله و مراضاه جديده حيث ان ما انطبق عليه الكلى ليس بثمن واقعا بل الثمن هو الكلى فتطبيقه على أى فرد يحتاج إلى المراضاه فإذا طبقوه بفرد فظهر معيبا فللبائع فقط هنا استبدال لأنه إنما رضى بتطبيقه على هذا الفرد بشرط كونه صحيحا فإذا تخلف فله هدم هذه المعامله الثانيه و مطالبه الثمن الصحيح و تطبيق الكلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۳۹

على غيره ثانيا و هكذا و له أيضا إسقاط هذا الشرط و القيد الذى اعتبره فى الثمن من الصحه و ليس للبائع دعوى مطالبته كما كان له ذلك عند ظهوره بغير جنسه و للمشترى مطالبه ثمنه و كان جعل غير الجنس عوضا عنه محتاجا إلى معامله جديده بخلافه إذا ظهر معيبا كما لا يخفى.

و لكن هذا الكلام لا يجرى فى المقام أعنى ما إذا كان الخيار مشروطا برد الثمن

أو الفسخ كان مشروطا برده و ان قلنا أن مرجعهما عند التحقيق إلى شى ء واحد و ان كان الثمن منصرفا الى الفرد الصحيح و توضيح ذلك أنه بعد البناء على انصراف الثمن الى الثمن الكلى لا يجرى هنا ما ذكرناه فى البيع الكلى فإنك قد عرفت أن الثمن قابل الانطباق على الصحيح و المعيب فى بيع الكلى غايه الأمر قد اعتبر بحسب الارتكاز و الشرط الضمنى فى الثمن الكلى قيد و هو وصف الصحه فإذا تخلف فللبائع استبداله و الرضا به بأن يرفع اليد عن القيد المعتبر فى الثمن.

و لكنه لا- يجرى فى المقام فان هنا قد ترتب شرط الخيار على رد الثمن و اشترط البائع على المشترى أنى متى رددت الثمن أو بدله مثلا- فى الخيار أو ينفسخ العقد فإذا انصرف الثمن أو بدله الى الصحيح فمعناه أنه متى رددت الثمن الصحيح أو بدله الصحيح فلى الخيار فكأنه قد صرح بذلك فإنه حينئذ يكون رد غير الصحيح خارجا عن حدود الشرط فكأنه قد رد غير الجنس من الثمن فهل يتوهم أحد أنه مع التصريح برد الثمن الصحيح لو رد الثمن المعيب يفسخ فكك إذا لم يصرح بذلك فينصرف الثمن الكلى إلى الثمن الصحيح كما لا يخفى.

و بالجمله أن انصراف الثمن الى الصحيح و ان كان صحيحا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۰

بيع الكلى و فى المقام و لكن المقام من حيث ظهور الثمن المردود إلى المشترى معيبا كظهوره من غير جنسه فيكون باطلا فلا يقاس بالكلى كما عرفت.

نعم إذا رضى المشترى بهذا المعيب بمعامله جديده عن عوض ثمنه الصحيح و رد المبيع إلى البائع فيكون ذلك اقاله للبيع و فسخا له بغير

عنوان رد الثمن و هذا واضح جدا.

قوله و يسقط أيضا بالتّصرف فى الثمن المعيّن مع اشتراط ردّ العين

أقول المعروف بين الأصحاب سقوط الخيار بالتصرف فى الثمن هنا و فى المثمن فى خيار الحيوان و فى العوضين فى خيار المجلس سواء كان الثمن شخصيّا أو كليا و لكن اشترط رد عين هذا المأخوذ و ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك فى غير مورد النص كخيارى المجلس و الشرط و المحكى عن المحقق الأردبيلى و صاحب الكفايه أى سبزوارى أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فى الثمن، لان المدار فى هذا الخيار عليه لانه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائده و للموثق المتقدم المفروض فى مورده تصرف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك.

و أشكل عليه السيد بحر العلوم صاحب المصابيح بأن ذهاب المشهور إلى مسقطيه التصرّف انّما هو فى التصرّفات الى فى زمن الخيار دون غيره و من الواضح أن التصرف قبل الرد ليس تصرفا فى زمان الخيار لان الخيار انما هو بعد الرد كما هو واضح فلا تكون التصرفات قبل الرد تصرفا مسقطا و بعباره اخرى أن صاحب المصابيح تسلم كلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۱

الأردبيلى من حيث النتيجه أعنى عدم سقوط الخيار بالتصرف قبل الرد و لكن الأردبيلى التزم بالعدم تخصيصا و السيّد التزم بعدم ثبوته تخصصا.

و قد أشكل صاحب الجواهر على السيّد بوجوه:

الأوّل: ان لازم كون الخيار بعد الرّد يقتضى أن يكون مبدء الخيار مجهوله إذ لا يعلم تحقق الرد فى أى زمان.

الثانى: أن المتفاهم من العرف كون الخيار من

الأول فإنهم يفهمون فى مثل ذلك ثبوت الخيار من زمان العقد.

الثالث: أن الظاهر بمن تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ الطوسى بتوقف الملك على انقضاء الخيار بأن الظاهر من بعض الاخبار المتقدمه أن غله المبيع للمشترى كون مجموع المده زمان الخيار.

و قد ناقش المصنف فى جميع ذلك أما ما ذهب إليه الأردبيلى من عدم كون التصرّف قبل الرد مسقطا بأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المستحب فى غير مورد النص عليه باتفاق- الأصحاب.

و أما ما ذكره من كون بناء هذا العقد على التصرّف فلأن الغالب المتعارف هو البيع بالثمن الكلى بحيث يكون ما دفع المشترى الى البائع ممّا انطبق عليه الكلى لا- ثمنا واقعيّا و قامت القرينه الحاليه أيضا أن رد مثل الثمن يكفى فى تحقق الشرط أعنى رد الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق فى هذه الصوره على ما يعم البدل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۲

و عليه فلا يكون التصرّف فى عين الثمن المدفوع موجبا لسقوط الخيار و دليلا على الرضا بالعقد نعم لو كان الثمن شخصيّا أو كان كليّا و و لكن اشترط المشترى على البائع ردّ عين المأخوذ لكان لهذا الكلام مجالا واسعا: و كيف كان فلا منافاه بين فسخ العقد و صحه هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهه تواطى المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التّصرّف لانه ليس مسقطا تعبديا بل لكونه كاشفا عن الرضا بالعقد.

و أما ما ذكره صاحب المصابيح من كون التصرفات قبل الرد خارجا عن عنوان التصرف المسقط تخصصا يرد عليه أنه لا شبهه أن الاسقاط القولى قبل الرد

مسقط لهذا الخيار و كذلك لا شبهه أن التصرف يسقط الخيار كالقول و عليه فنكشف من ذلك أن الخيار ثابت قبل الرد و لا شبهه أن الظاهر من كون القول مسقطا هو المسقوط الفعلى فيكون التصرف مثله.

و بالجمله أن الظاهر كون التصرف مسقطا فعليّا فى كل زمان يكون القول مسقطا بحيث أن القول مسقط فعلى قيل الرد فيكون التصرف أيضا كذلك و ان ذكر المصنف أنه يصح إسقاط الخيار الثالث بعد الرد إذا كان ذى الخيار متمكنا من إثباته برد الثمن و عدمه و لكنه خلاف الظاهر فان الظاهر من الاسقاط هو الإسقاط الفعلى.

و أما ما ذكره صاحب الجواهر من المناقشه فى كون الخيار مجهولا لو كان مبدئه بعد الرد و فيه أنها لا تقدم مع تجديد زمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۳

التسلط على الرد و الفسخ بعد إنشائه و فرق واضح بين المقام الذى اختياره من حيث الرد و عدمه ليكون له الخيار و بين ما ذكره فى التذكره من أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدئه عند الإطلاق من حين العقد و وجه الفرق أن التصرّف هناك ليس فى اختيار أحدهما فإنه إذا أراد التفرق يتبعه الآخر بخلافه فى المقام فلا تكون هنا جهاله تضر بالعقد.

و قد تقدم منا أنه ليس هنا جهاله أصلا غايه الأمر لا يعلم سبب الخيار و قلنا أيضا أن جهاله الشرط لا تضرّ بالعقد بعد عدم وجود الخطر هنا إذ يرجع مع الفسخ أيضا مال كان من المتعاملين الى صاحبه.

و أما ما ذكره من فهم العرف و حكمهم بكون الخيار من الأول و قبل الرد ففيه أن زمان الخيار اما بجعل الشارع

أو بجعل المتعاقدين ففى المقام هو الثانى و من الواضح أن المتعاقدين شاكان فى ثبوته قبل الرد فكيف يفهم العرف من ذلك ثبوته من الأول.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب فى ردّ الشيخ من بعض أخبار المسأله فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل به من الاخبار.

و ما أفاده المصنف متين جدا و لكن لنا كلام فى أصل مسقطيه التصرف كما تقدم فى خيار المجلس و أى إطلاق دل على ذلك حتى يقول المصنف و إطلاقات أدله مسقطيه التصرف يقتضى سقوطه بالتصرف مطلقا غير أن التصرف انما يكون مسقطا إذا كان مصداقا للإسقاط أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۴

موجبا للحدث و قد ثبت فى غير هذين الموردين سقوطه بالتقبيل و اللمس بدليل الحاكم و فى غير ذلك فلا دليل عليه فيتمسّك بعموم أدلّه الشّروط كما لا يخفى.

و بعباره اخرى أن هنا تصرّفات ثلث الأوّل ما يكون نفسه مصداقا للإسقاط و هذا لا شبهه فيه الثّانى: أن يكون موجبا لإحداث الحدث حقيقه أو نازلا بمنزلته بدليل الحاكم كالتقبيل و نحوه الثالث ما لا يكون كذلك أما القسم الأول فلا إشكال فى كونه مسقطا للخيار فى جميع الموارد و أما الثّانى فهو و ان كان يوجب سقوطه و لكنّه أمر تعبّدى يقتصر به فى خيار الحيوان فقط و أما فى المقام فلو اشترى جاريه و شرط أن يردها متى شاء (فان بيع الخيار ليس مخصوصا بالبائع فقط) فتصرّف فيها بما شاء من غير أن يكون التصرف مصداقا للتّصرف بل مع العلم بأنه يردها حتى قبلها و لمسها فإنّه لا

دليـل على كون التّصـرف مسـقطا هنـا و أما القسم الثالث فلا دليل على كونه مسـقطا للخيار لا فى المقام و لا فى غير هـذا المقام اعنى بيع الحيوان و كيف كان فلا دليل على مسقطيه التّصرف بوجه كما هو واضح.

قوله الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى سواء كان قبل الرد أو بعده

أقول مقتضـى القاعده الأوليه أن تلف مال كل احد عليه و لا يحسب على غيره و هذا ممّا عليه السيره القطعيّه و قد ذكر ذلك فى بعض الرّوايات المذكوره فى أحكام الخيار و سيأتى من أنه سئل (ع) من أنه إذا تلف المبيع ممّن يكون قال (ع) ان نفعه على من قال من المالك فقال (ع) فهو على مالكه و كيف كان فهذه القاعده لا شبهه فيها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۵

و قـد ورد عليهـا مخصّيصان: الأـوّل أن التلف قبـل القبض من مـال البائع مع انه من ملك المشترى و يحمل أن يكون هـذا مورد السّيره أيضا.

و الثانى أن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و هـذا لم تقم عليه السـيره بل هو صـرف التعبد فإنه مع قطع النّظر عن التعبد لم يكن معنى لأن يحسب تلف مال زيـد مع كونه عنـده من زيـد و لا يساعده فهم العرفى أصـلا فضـلا عن قيام السـيره عليه و لكن التعبد يقتضى ذلك.

ثمّ انه لاـ معنى لكون التلف محسوبـا على البـائع قبـل القبض أو على من لاـ خيـار له الا أن يفرض كما له فكما أن ماله إذا تلف عنـده يـذهب هـدرا و كذلك تلف المبيع قبل القبض أو فى زمن الخيار و لا يعقل ذلك الا بانفساخ العقد بأن يحكم قبل التلف بدخوله فى ملكه أناما و يتلف و يرجع الثمن إلى المشترى أيضا

كمـا هو قـانون الانفسـاخ لا أن معنى كون التلف على البائع أو من لا خيار له ان يضـمن مثل العين فيجب عليه رد مثله فإنه لو لم نحكم بالانفساخ لكان ضامنا بالمثل مع انه لم يقل به احد كما هو واضح.

و الوجه فى ذلـك أنه فرق فى الروايه أن التلف فى زمن الخيـار من مـال من الأخيار له فإنه لا يعقل أن يكون التالف من ماله الا بالالتزام بانفساخ العقد و الا نحكم بالضمان بالمثل كما عرفت.

إذا عرفت ذلـك فنقول فى المقـام أنه إذا بـاع شـخص داره بشـرط أن يكون له الخيـار مـتى رد الثمن فتلف الثمن أو المبيع فهل يحسب ممن لا خيار له أم لا فيقع الكلام فى مقامين الأوّل فيما إذا تلف المبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۶

فهـل هـو من المشـترى إذ لا ـ خيـار له أو من البـائع فنقول انه لا ـ شـبهه فى كون التلف من المشـترى و لكن لا ـ من جهه القاعـده المـذكوره من أن كل تلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له الّتى تثبت على خلاف القاعـده و كونها مخصّ_صه للقاعده الأوليه من أن تلف مال كل أحد على مالكه و ذلك لأن كون تلف مال شخص على شخص آخر مخالف لهذه القاعده الأوليه كما قلنا بأن التّلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له كما إذا تلف الحيوان عند المشترى فى ضـمن ثلثه أيام فإن مقتض التعبد حكم بكونه على البائع مع أن الحيوان ملك للمشترى و كانت القاعده الأوليه تقتضى كون التلف من المشترى و كذلك التلف قبل القبض.

و أما فى المقام و ان كانت التلف فى زمن الخيار و لكن قد تلف مال المشترى

عنـد نفسه فكونه على نفسه موافق للقاعـده الأولیه لا ـ مخالف لها و علیه فلا وجه للانفساخ هنا كما قلنا بالانفساخ فی الموردین الأولین و على الجمله فكون تلف مال كل شـخص على نفسه لیس أمرا مخالفا للقاعده بل موافق لها كما عرفت فتلف المبیع عند المشترى تلف من ماله فیكون من ماله على ما تقتضیه القاعده.

و علیه فلا یمكن الحكم بانفساخ العقد من هذه الجهه لیكون ضمان المبیع على المشترى.

و هل فی هـذه الصوره یبقى خیار البائع على حاله بحیث له أن یفسـخ العقد و یسترد مثل المبیع أم لا و قد یقال انه لا خیار له من جهه أن غرضه قد تعلق باسترداد العین و إذا تلف ینتفى هذا الغرض فلا وجه لثبوت الخیار له حینئذ.

و فیه أن هذا الكلام و ان كان صحیحا حیث تعلق غرض البائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۷

بحفـظ العین و لكن لا یلزم من ذلک سـقوط خیاره أیضا إذ قـد عرفت فی أوّل الخیارات أن الخیار لیس متعلقه رد العین بل انّما متعلّقه العقد نعم انّما جعل له الخیار مشروطا ببقاء العین بحیث أن العین متعلق أمد الخیار و قد اشترط البائع عدم إتلافه و وجوب بقائه و مع هـذا الشـرط فقـد اشترط لنفسه الخیار بعـد رد الثمن و قد تعلق الغرض بحفظ العین على هذا النحو و بلحاظ أن الخیار مقیـد ببقائها و الحاصل قد اشترط بقاء العین لشـرط الخیار و هذا لا ینافى بمالیه العین بل كما تعلق غرضه بحفظ العین و كذلک تعلق غرضه بحفظ المالیه أیضا و انما باعه بأقل من ثمن المثل لأجل جعل الخیار إذ لا یرغب المشترى اشتراءه بثمن المثل

مع جعل الخيار للبائع و لو كان البائع قد أغمض نظره عن ماليه العين لكان باعه فى السوق بثمن المثل و انما إقدامه على البيع بأقل من ثمن المثل من جهه أن تبقى العين له مع هذه الماليه و الا ـ ليست الخصوصيات العينيه الغير الدخليه فى الماليه مورده للرغبه غالبا و عليه فيبقى خيار البائع على حاله.

و من جميع ذلك ظهر حكم الجهه الثانيه أيضا من أنه ليس للمشترى أن يتلف العين بل لا بدّ له من إبقائه فإن البائع اشترط له ذلك و لو بالشرط الضمنى و عليه فإذا تخلف و أتلف فهل فعل فعلا ـ محرما فقط لمخالفيه الحكم التكليفى كما هو المختار عندنا أو خالف الحكم الوضعى كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و سيأتى الكلام فى ذلك فى أحكام الخيار بإنشاء اللّه تعالى.

و أما إذا كان التالف هو الثمن فهل يكون ذلك على البائع أو

على المشترى و قد يفرض الكلام بعد رد الثمن إلى المشترى و أخرى قبل رده.

و لا بدّ و ان يعلم قبل ذلك أن الثمن أو المثمن إذا كان كليّا فتلف هو خارج عن موضوع بحثنا فان كلامنا فيما يكون التالف هو المبيع أو الثمن و نتكلّم فى أنه من البائع أو المشترى أى ممن لا خيار له أم لا و من الواضح أن هذا انّما يجرى فيما كان التالف هو المبيع أن الثمن لا غير و الا يلزم أن يكون تلف مال آخر لأحد المتبايعين الذى له خيار من صاحبه الّذى لا خيار له و بديهى أن المدفوع إلى المشترى إذا كان المبيع كليا أو المدفوع إلى البائع إذا كان الثمن كليا

ليس مبيعـا و ثمنـا فان المبيع و الثمن ما جرى عليه العقـد و أن تلف ما جرى عليه العقـد ممّن لا خيار له و هـذان الفردان لم يجر عليهما العقـد بل العقـد انما جرى على الكلى و المدفوع مصداق له فمع تلفه يبقى الثمن أو المثمن على حالهما أيضا إذا فالكلى خارج عن المقام.

(و اما إذا كان شخصـيّا و كان التلف بعـد الرّد) انتهى الكلام الى أن التلف فى زمن هذا الخيار من البائع أو المشترى و قد عرفت أن كون تلف المبيع من مال المشترى حكم على طبق القاعده و لا يحتاج الى التمسّك بأن التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له و أمّا ثبوت الخيار للبائع حينئذ فقد عرفت كما تقدم.

و أمـا لو كان التالف هو الثّمن فتاره نفرضه كليا و أخرى شخصـيا أما إذا كان كليّا فلا شـبهه فى خروجه عن مورد الكلام فان ما يـدفع الى البائع من العين عوضا عن الثمن ليس هو نفس الثمن بل هو ما ينطبق عليه الثمن الكلى و لا فرق بين هذا و بين ما يرده البائع بدلا عن ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۴۹

فان كلا منهما مما ينطبق عليه الكلّى كما لا يخفى.

و أما إذا كان الثمن شخصيّا فتاره يكون التلف قبل رده الى المشترى و أخرى بعد رده و أما إذا كان التلف بعد رده فان كان الرّد بعنوان الفسـخ فلاـ شـبهه فى انفساخ العقـد و عليه فلا يبقى مجال للبحث عن أنه من مال البائع أو من مال المشترى إذ لا موضوع حينئذ للخيار أصلا فهذا خارج أيضا عن موضوع البحث و اما إذا كان الرّد لا بعنوان الفسخ

بـل بعنوان الوديعه أو نحوها ليفسـخ بعـد ذلك و تلف الثمن عنـد المشترى فيقع الكلام حينئـذ فى أن تلفه من البائع أو المشترى فمقتضـى القاعده الأوليه تقتضـى كونه من البائع لكونه مالكا له و تلف مال كل مالك عليه و مقتضى العلم بقاعده أن التلف فى زمن الخيـار ممّن لا خيار له أن يكون من المشترى فإنّه لا خيار له فى هـذا الزمان بل الخيار للبائع و تنقيـح المقام أن يقال أنه لم يرد نص بـالخصوص بلفـظ أن التلف أو كـل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له و لا انّه ورد نص بهـذا المضـمون بل ورد هنا روايتان تدلان على كون تلف المبيع من مال من لا خيار له فى الموردين الخاصين.

الاولى ما فى الصـحيحه المتقدمه فى خيار الحيوان من أنه إذا تلف الحيوان فى ضمن ثلثه أيام فهو من مال البائع الذى لا خيار له و الثّانيه فى خيار الشّرط و هى صحيحه ابن سنان من أن التلف فى زمن خيار الشرط من مال من لا خيار له و الحقوا بذلك خيار المجلس أيضا لاسـتفاده العموم من اخبار الخيار فان ذيل بعضـها حتّى ينقضـى الشّـرط و قـد اسـتفاد ذلك العموم المصـنّف من تلك الاخبار و يأتى فى أحكام الخيار.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۰

و أما إذا كان التالف هو الثمن فلا دليل يـدلّ على كون التلف ممّن لا خيار له بحيث ينفسـخ العقـد بـذلك كما عرفت سابقا من أن كون تلف مـال احـد من الآـخر بقـانون أن التلف فى زمن الخيـار ممّن لاـ خيار له يوجب انفساخ العقـد إذ لا يعقل أن يكون تلف مال أحد من شخص آخر

بدون انفساخ العقد فيكون حكم الشارع بكون التلف ممّن لا خيار له حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

و على الجمله لا دليل على كون تلف الثمن فى زمن الخيار من مال من لا خيار له ليكون ذلك تخصيصا للقاعده الأوليه و حكما بانفساخ العقد كما لا يخفى.

ثمّ انه استظهر صاحب الجواهر من روايه «۱» معاويه ابن ميسره أن التلف من المالك و لا- يكون ذلك لمن لا خيار له فيكون تلف الثمن من البائع المالك بالثمن عند التلف فتدل الروايه على أن تلف الثمن حينئذ من البائع و إن كان له خيار. و قد منع المصنف عن ذلك الاستظهار و حكم بعدم ظهور روايه معاويه ابن ميسره فى ما ذكر صاحب الجواهر و هو كذلك لأنا بعد التأمل لم نفهم وجه الاستظهار و ذلك لان روايه معاويه بن ميسره كما تقدم اشتمل على حكمين أحدهما أن رجلا باع دارا من رجل، و كان بينه و بين الرّجل الّذى اشترى منه الدّار حاصر فشرط انك ان أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدّار دارك فأتاه بماله، قال (ع): له شرطه، قال أبو الجارود: فان ذلك الرّجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين، قال: هو ماله و قال أبو عبد اللّه عليه السّلام أ رأيت لو أن الدّار احترقت من مال من كانت تكون الدّار

---

(۱) وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۵ باب ۸ حدّ ۳.

دار المشترى.

و لا- شبهه انه لا اشعار فيها على كون التلف من المالك فى زمان الخيار أما لزوم الوفاء بالشرط الذى كان فى العقد فهو على طبق القواعد المتصيده من لزوم الوفاء بالشرط و أما

کون منفعه الثمن للبائع فهو أیضا موافق للقاعده فإن منفعه مال کل أحد له و من الواضح أن الثمن ملک للبائع کما هو واضح و کذلک کون تلف الدار من المشتری أیضا موافق للقاعده فإنّک قد عرفت أن تلف مال کل أحد علی نفسه إلّا إذا ثبت نصّ خاص علی خلافه کما فی تلف المبیع فی زمن الخیار فإنّک قد عرفت کونه ممّن لا خیار له بدلیل خاص و یکون العقد منفسخا کما لا یخفی.

و علی الجمله فلا إشعار فی شی ء من الأحکام المزبوره بکون التلف فی زمن الخیار من المالک کما استظهره صاحب الجواهر، و لذا ذکر المصنّف أنه لیس فی الرّوایه الا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبیع من المشتری و هما إجماعیان حتی فی مورد کون التلف ممّن لا خیار له فلا حاجه لهما الی تلک الرّوایه أی الرّوایه اشتملت علی هذین الحکمین کما ذکرناه فشی ء منهما لا مساس بما ذکره صاحب الجواهر. فان ما اشتمل علیه الرّوایه حکم موافق للقاعده الأولیه کما ذکره المصنّف فلا یحتاج إلی الرّوایه. فلا تکون الرّوایه مخالفه للقاعده نعم یمکن ان یکون نظر صاحب الجواهر علی ما ذکره المصنف إلی قاعده الخراج بالضّمان بدعوی أن منافع الثّمن ملک للبائع فیکون ضمانه علیه أقول ان هذه القاعده لیس له أساس صحیح بل هی مذکوره فی النبوی الضعیف المنقول من طرق العامّه و قد عملوا بها حتی أن أبا حنیفه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۲

عمتها الی موارد الغصب و قال ان منفعه للغاصب لکون الضمان علیه و قد وقع النکیر علیه فی صحیحه أبی ولاد فی کراء البغل الی قصر بنی هبیره و مخالفته ذلک

و ركوبه الى بغداد فلا يمكن العمل بهذه القاعده.

نعم لو كان معنى القاعـده هو أن منفعه مال كل مالك كما هو مقتض القاعـده و كـذلك تلفه أيضا عليه إذ لا معنى لكون تلف مال شـخص على شـخص آخر و قـد عرفت أن هـذا حكم موافق للقاعـده فلا يحتاج الى هـذه القاعـده و فى المقام نحكم بكون تلف الثمن من البائع لكونه مالكا له و منفعته له فيكون غرامته أيضا عليه.

و على هـذا لو كانت تلك القاعده أى قاعده كل التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له ثابتا فى جميع موارد تلف المبيع و الثمن لكان تخصـيصا لقاعده الخراج بالضمان على المعنى الذى ذكرناه لورودها فى مورد قاعده الخراج بالضّمان و لكن قد عرفت أنه لاـ دليل على كليه تلك القاعـده فى جميع موارد تلف المبيع فضـلا عن الثمن بل هى مختصه بموردين بحسب النّص اعنى مورد خيار الحيوان و مورد خيار الشّـرط و تفصـيل الكلام فى أحكام الخيار فتحصل أنه لا يكون تلف الثمن من المشترى بل من البائع و لو قلنا بكون تلف المبيع فى زمن الخيار من المشترى إذ لا دليل على التّعـدى و الحكم بكون تلف مال الغير على شـخص آخر كما لا يخفى.

و ان كان التلف قبل الرّد فيجرى فيه جميع ما ذكرناه فى صوره كون التلف بعد الرّد و لكن فى المورد خصوصـيه و هو أن التلف قبل الرّد لا يحسب الا من البائع بناء على عدم ثبوت الخيار قبل الرّد و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۳

أشكل عليه المصنّف أولا بمنع المبنى فإنه لا نسلم كون الخيار بعد الرّد بل يكون قبل الرّد كما تقدّم فى جواب

صاحب المصابيح ثمّ أشكل بمنع البناء بدعوى أن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أن منفصل كما يقتضيه اخبار تلك المسأله فان فى ذيل بعضها حتى ينقضى و هو يجرى فى خيار المنفصل فلا وجه لبناء المسأله على كون الخيار بعد الرّد و سيأتى الكلام فى جميع ذلك.

ثمّ ان المصنف أشار الى ثمره البحث و حاصله انه بناء على كون تلف الثمن من المشترى انفسخ العقد و ان قلنا بكونه من البائع و ان كان الشرط أعم من رد عين المأخوذ أو بدله فيرد البائع مثل الثمن و يرتجع العين المبيعه و الا فلا خيار فلزم البيع كما هو واضح.

قوله الأمر السّادس لا إشكال فى القدره على الفسخ

أقول لا إشكال فى انه إذا باع عمرو متاعا من زيد و اشترط عليه أن يكون له الخيار متى ردّ الثّمن الى شخص المشترى فلا بدّ من ردّه الى شخصه و الّا فلا يثبت له الخيار بردّه الى غيره و إذا اشترط ردّه الى أعمّ منه و من وكيله أو الحاكم أو شخص آخر فيتبع شرطه و على كل حال فهذا الخيار خيار جعلى فيتبع الشرط فإذا حصل فيكون له الخيار و الا فلا خيار له كما لا يخفى.

و انما الكلام فى صوره إطلاق الشّرط بأن جعل لنفسه الخيار مع رد الثمن فهل تختص ردّه الى شخص المشترى أو يكفى ردّه الى وكيله أيضا أو الى الحاكم كما إذا كان المشترى غائبا أو مريضا أو مجنونا و ذكر المصنّف فى حصول الشرط بردّه الى الحاكم كما اختاره المحقق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۴

القمى فى بعض أجوبه مسائله و عدمه كما اختاره سيّد مشايخنا فى

مناهله قولان.

و ظهر من صاحب الحدائق على ما ذكره المصنف الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشترى مع غيبته حيث انّه وقع الخلاف فى أنّه هل يعتبر فى فسخ العقد حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد عليه أم لا ـ فذهب العامه و بعض الشيعه إلى اعتبار حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ و المشهور من علمائنا إلى عدمه و بعد ما ذكر صاحب الحدائق ذلك قال: ان ظاهر الرّوايه اعتبار حضور المشترى ليفسخ البائع بعد دفع الثمن اليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشترى و جعل الثمن أمانه الى أن يجى ء المشترى و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه الا انه بعيد عن مساق الأخبار المذكوره.

و هذا الكلام عجيب من صاحب الحدائق كما يظهر الاستصحاب منه من المصنّف أيضا و ذلك لان هنا مسألتان إحداهما مسأله حضور المفسوخ عليه عند الفسخ أو الإشهاد عليه بل بعض من اعتبر هنا حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ حكم بعدم نفوذ الفسخ بغير ذلك نظير الطلاق الّذى لا ينفذ بدون حضور العدلين و مع عدم الاعتبار يفسخ فى عالم نفسه و فى مرحله الإثبات يحتاج الى التّرافع و على كل حال ليس هنا من مسأله رد الثمن عين و لا اثر حتى لو كان الفسخ بنفس الرّد فان اعتبار حضور المشترى و ردّه اليه ليس من جهه اعتبار حضور بالمشترى فى الفسخ بل من جهه اعتبار ردّه اليه.

و الثّانيه مسأله ردّ الثّمن إلى المشترى و أنّه مع شرط الخيار بردّ الثمن هل يكفى الرّد الى الوكيل أو الحاكم أو لا بدّ من الرد الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۵

نفس المشترى و من

الواضح أن احدى المسألتين غير الأخرى فلا ترتبط إحداهما بالأخرى فما ذكره صاحب الحدائق من الخلاف فى حضور المفسوخ عليه أو الإشهاد على الفسخ انّما هو فى المسأله الاولى دون الثّانيه فإن المسأله الثّانيه كما ذكره المصنّف غير مفروض فى كلمات القوم و لم نجد من يتعرّض لها الا ما أشار إليها المحقّق القمى فى أجوبه المسائل و كيف يمكن دعوى الاتفاق على اعتبار حضور المشترى و كيف قد خلط صاحب الحدائق إحدى المسألتين على الأخرى و أما أصل مسألتنا هذه غير مذكور فى كلمات الأصحاب فنقول انه ليس هذا الخيار من الأمور المجعوله شرعا حتى نتمسك بظهوره و نحكم بثبوت الخيار له بل هذا خيار جعلى انّما جعل بجعل المتعاقدين فبأىّ نحو جعلاه فيتبع رأيهم فى ذلك و إذا شكّ فى مورد فلا بدّ فى كشف المراد الى الارتكازات العرفيه و الّذى نفهم من الرّجوع الى الارتكازات العرفيه أن العرف لا يرى فرقا بين رد الثّمن الى نفس المشترى و بين رده الى وكيله فإنّه بعد العلم بأن غرض البائع هو انحفاظ المبيع له و عدم جواز أن يتلفه المشترى و أنه لا موضوعيه لردّ الثّمن الى نفس المشترى إلا وصول ماله اليه و عليه فان المشترى حيّا و كان الوصول اليه ممكنا فيرد الثّمن اليه و يفسخ المعامله و الا فيردّه الى وكيله أو الحاكم أو من يرده اليه بحيث يصل الثمن إلى المشترى و ينفسخ ذلك بملاحظه أنّه لو كان المشترى محبوسا أو مريضا أو غائبا و كان له وكيل فالظاهر انه لا يشك أحد فى جواز ردّه الى الوكيل و نحوه فان معنى رد الثمن إلى المشترى ليس هو ردّه الى

نفسه بل معناه وصول الثمن إليه بأن يكون من جمله أمواله اللهم الّا أن يشترطا الرّد الى شخصه فهو أمر آخر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۶

و كذلك الكلام فى طرف البائع فإنه لو لم يتمكّن أن يرد الثّمن إلى المشترى لمرض أو موت فيرد وكيله أو ورثته إلى المشترى أو الى وكيله أو ورثته مع عدمه أو موته و ليس رد الثمن من ورثه البائع إلى المشترى أو الى وكيله من باب ارث الخيار بل من جهه عدم الفرق فى نظر العرف فى الرّد بين كونه من نفس البائع أو من ورثته فان الغرض كون المال عند المشترى أو عند من يقوم مقامه كما لا يخفى.

و على الجمله فالارتكاز العرفى يقتضى أن المناط فى جعل الخيار بردّ الثمن انّما هو رجوع كل من العوض و المعوّض الى حالتهما الأوليه و هو يحصل و لو برده الى من يقوم مقام المشترى كما يحصل برد من يقوم مقام البائع و هو واضح كما ذكره المصنّف.

ثمّ انّه لو اشترى الأب أو الجد شيئا للطفل و اشترط البائع عليه أن يكون له الخيار متى رد الثمن فهل يكفى الرّد هنا الى الجد مع كون المشترى هو الأب أو الى الأب مع كون المشترى هو الجد أم لا و الظاهر هو الأول لأن لكل من الأب و الجد ولايه مطلقه على الطفل الثّابته بالأدله اللفظيه فيكفى الرّد الى أى منهما يشاء و هو واضح.

ثمّ إذا اقتضت المصلحه حتى اشترى الحاكم بولايته على الطفل مالا له ببيع الخيار فهل يجوز رده الى حاكم آخر أم لا فذكر المصنّف انّه يجوز للحاكم الثّانى أخذه إذ ليس فى أخذ الحاكم الثّانى ذلك

مزاحمه للحاكم الأول فبناء على عدم جواز مزاحمه الحاكم لا بدّ له أن يرده الى الحاكم الأول مع احتمال عدم الوجوب فإنه مال آخر للصّغير يتملكه بالفسخ الّذى هو معامله جديده و ليس له ربط بالمعامله الأولى الّتى وضع الحاكم عليها اليد حتى تحصل المزاحمه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۷

و لكن قد ذكرنا فى باب الولايه أنه لا دليل على ولايه الحاكم للصغير الا من باب الحسبه و معنى الحسبه إتيان الأمر من باب كونه أمرا قربيّا بحيث انّ الشّارع يرضى بذلك و لا يرض بحيفه فيؤتى ذلك حسبه الى قربه الى اللّه و من باب كونه مطلوبا للشارع و يكون حفظه محبوبا.

و عليه فولايه الحاكم من باب القدر المتيقّن فإنّه لا نحتمل أن علمه مانعا عن التصرف فى مال الصّغير مع الاحتياج و كذلك لا تحتمل أن عدالته مانعه و إذا كان مال الصّغير و نفسه محتاجا الى الحفظ و الى النقل و الانتقال و الى التصرف فيه و كان الأمر دائرا بين أن يباشره الحاكم أو غيره فالمتيقن هو الحاكم كما هو واضح و عليه فلا يجوز أن يتصرف فيه الحاكم الثانى بعين هذا الملاك فإنّه نشك فى أنّه بعد وضع الحاكم الأوّل يده عليه أن لا يجوز للثانى أن يتصرف فيه فحيث أن المورد ممّا لا بدّ من أخذ القدر المتيقّن لعدم وجود الدليل اللفظى على ولايه الحاكم كما عرفت إذا فلا يجوز للثّانى أن يتصرّف فيما وضع الحاكم الأول يده عليه نعم لو شككنا فى جواز تصرف الحاكم الأول بعد التّصرف فمقتضى أخذ القدر المتيقن هو المنع عن تصرفه و لكنه بديهى البطلان فإنّه غير محتمل قطعا. و كيف كان

فليس المورد من موارد مزاحمه الحاكم حتى يقال لا تجوز مزاحمته.

قوله: الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلک الا بردّ الجميع

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ

أقول الظاهر من اشتراط الخيار برد الثمن إلى المشترى أنه ردّ جميع الثمن و عليه فلو ردّ بعض الثمن فهو كمن لم يرد شيئا أصلا فلا يثبت له الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۸

فان هذا خيار جعلى تابع لما جعله المشروط له و على هذا ليس للمشترى التّصرف فى ذلک فإنه باق على ملک مالكه و هو البائع و تصرف المشترى تصرف فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام بل يكون ذلک وديعه عنده.

و توهم أن هذا يكون إقاله فإن المشترى إذا أخذ بعض الثمن المردود اليه كشف ذلک عن رضاه بالفسخ فيكون اقاله و فيه أنه مضافا الى منع كشفه عن رضا بالانفساخ فإنّ الأخذ أعم من ذلک و من كونه اقاله ثم ان الإقاله غريبه عن ذلک فان كلامنا فى تحقق الفسخ بالردّ أو ثبوت الخيار للبائع بذلک على النّحو الذى تقدّم سواء رضى المشترى بالفسخ أم لم يرض و أى ربط له برضاهما بالإقاله و الفسخ كما هو أوضح.

قوله و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه اليه على وجه الثمنيه

أقول حاصل كلامه إذا دفع البائع بعض الثمن إلى المشترى على وجه الثمنيه كان ضامنا له إذا تلف الا أن يصرح البائع بكونه أمانه عنده فإنه حينئذ لو تلف لا يكون ضامنا.

أقول لا وجه لهذا الكلام فإنه إذا كان الخيار مشروطا برد تمام الثمن فلا معنى لرد بعضه بعنوان الثمنيه بحيث يكون ثمنا بالفعل فان كونه ثمنا بالفعل ملازم لانفساخ العقد كونه داخلا فى ملک المشترى و المفروض أن العقد لا ينفسخ

الاـ برد الجميع و لاـ يثبت له الخيـار برد البعض و عليه فلاـ معنى لكون ردّ البعض بعنوان الثمنيه بل يكون ذلك أمانه مالكيه عند المشترى ليكون ثمنا عند الفسخ بعد ردّ تمام الثمن فيكون ثمنا بالقوه كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۵۹

نعم إذا اشترط فى مقام الرّد أن يكون المشترى ضامنا عند التّلف و قبل المشترى فيكون شرط لازم الوفاء.

و قد يتوهّم الضّمان بدعوى أنه نظير المقبوض بالسوم الذى ذهب المشهور الى الضّمان فى تلفه فى يد من أخذه أى المشترى.

و فيه أنه فرق واضح بين المقامين فان المقبوض بالسوم على تقدير الضّـمان فى تلفه انّما أخذه المشترى لصـلاح نفسه و ملاحظه أنه مصلحه له أم لا فيكون ضامنا إذا تلف المقبوض بالسوم فى يده.

و هـذا بخلاف المقام فإن البائع إنما اقبض بعض الثمن لصـلاح نفسه لا لصـلاح المشترى بل كثيرا أن المشترى لا يرض بالفسـخ أصـلا فـإن الغالب بل الـدّائم فى مثل هـذا البيع أى البيع بالخيار أن المبيع يكون ثمنه أقل من البيع بـدون الخيار فان غرض البائع كـان هو رد عينه فلـذا بـاعه كـذلك لرفع احتيـاجه فلو كانت قيمته مساويه لقيمه المبيع الـذى يشترى بالقيمه السوقيه بلا خيار لم يقدّم المشترى بذلك و كيف كان لا نعرف وجها للقول بضمان المشترى إذا تلف بعض الثمن عنده كما لا يخفى فافهم.

قوله و لو شـرط البائع الفسـخ فى كلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشترى خيار التّبعيض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع

أقول قد عرفت أن هذا الخيار خيار جعلى من المتعاقدين فيتبع الشّرط على النّحو الذى شرطاه فلو شرط البائع على المشترى

ثبوت الخيار له برد بعض الثمن يثبت له ذلک إذا ردّ ما يصدق عليه بعض الثمن المقصود فى العرف لا بمقدار يکون خارجا عن الصدق العرفى أو عن کونه مقصودا لهما و لا يقاس ذلک بخيارى

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۰

المجلس و الحيوان فإنه لا- يجوز الفسخ فيهما فى بعض المبيع دون- بعض فإنهما إنما ثبتا بجعل الشارع بالنّسبه إلى مجموع الثمن و المثمن فإذا فسخ من له الخيار البيع لا بدّ له أن يفسخ فى المجموع دون البعض و أما فى المقام فالخيار بجعل المتعاقدين فيتبع جعلهما على النّحو الذى جعلاه کما لا يخفى فافهم.

و قد ذکر المصنف ره و لو شرط البائع الفسخ فى کلّ جزء بردّ ما يخصّه من الثّمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشترى خيار التبعيض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المده و هل له ذلک قبل خروجها الوجه ذلک.

أقول الظاهر انه لا وجه لهذا الکلام و انه لا نتعقل مورد فى هذا المقام يثبت فيه للمشترى خيار تبعض الصفقه و بيان ذلک أنه قد عرفت أن هذا الخيار انما بجعل المتعاقدين فبأى کيفيه جعلاه کان متبعا و عليه فشرط الخيار و فسخ العقد بردّ بعض الثمن لا يخلو عن وجوه: الأول: أن يشترط على المشترى فسخ مجموع العقد بردّ جزء معيّن من الثمن أو جزء غير معيّن و لکن فسخا متدرجا بأنّه يفسخ المجموع بردّ الثمن تدريجا بأنّه کلّما أدى من الثمن جزء يفسخ فى مقابله الى أن يفسخ المجموع ففى الحقيقه يکون ذلک توسعه للبائع فى رد الثمن کما لا يخفى إذ ردّ مجموعه دفعه واحده کلفه عظيمه عليه.

و عليه فلو فسخ

فى بعض و بقى بعض الآخر حتى خرجت المده كشف ذلك عن بطلان الفسخ من الأول فإن كلّ جزء جزء من الفسخ كان مشروطا بفسخ الجزء الآخر حتى يتم فسخ مجموع العقد فإذا فسخ و لكن بقى جزء واحد كان الفسخ باطلا من الأول لعدم حصول شرطه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۱

و هذا نظير مشروطيه عتق المكاتب بردّ مجموع مال الكتابه و نظير اشتراط صحه الصلاه بالتّشهد و السّلام و نظير اشتراط الصوم بالجزء الأخير من الوقت فيكون العمل صحيحا بشرط حصول هذا الشّرط و الا يبطل كما هو واضح.

الثانى انه أن يشترط البائع على المشترى فسخ كل جزء برد جزء من الثمن من غير أن يكون الفسخ أو ثبوت الخيار بالرّد (اى سواء قلنا بحصول الفسخ بالرّد أو كان الرّد من مقدّمات الفسخ) مشروطا بالفسخ فى الجزء الأخير و هذا على قسمين فإنه تاره يشترط ان يكون ردّ كلّ جزء من الثمن فسخا للعقد أو مقدمه للفسخ على التقريب المتقدم من غير أن يكون منوطا بردّ جزء آخر و فسخ العقد فى ذلك الجزء الآخر و أخرى يكون هذه الصوره و لكن يشترط المشترى أيضا على البائع أنه إذا فسخ فلا بدّ له أن يفسخ فى الكل و الا فلم يفسخ أصلا اما الأوّل فمقتضى وجوب الوفاء بالشرط هو العمل بطبق الشرط على النحو المقرّر عند العقد لما عرفت: أن هذا خيار جعلى فيتبع فيه جعل المتعاقدين على النّحو الذى جعلاه و لا يقاس ذلك بخيارى المجلس و الحيوان كما عرفت.

و عليه فلو فسخ البعض و لم يفسخ البقيه حتى خرجت المدّه فليس على البائع شى ء أصلا فإن المؤمنون عند شروطهم فلازم

الوفاء به هو ذلك و لا يثبت هنا شی ء للمشتری و يكون ذلك نظير المعاملتين التين ثبت فيهما الخيار فهل يتوهّم أحد أنه إذا فسخ البائع هذه المعامله و ذلك يستلزم الفسخ فی معاملته الأخرى أيضا و كذلك المقام كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۲

و أما الثانی فإن كان مقتض الوفاء بالشرط هو نفوذ فسخ البائع العقد فی كلّ جزء جزء من المبيع بردّ كلّ جزء جزء من الثمن سواء فسخ فی البقيه أيضا أم لا كما عرفت فی سابقه و لكنه حيث اشترط المشتری أيضا عليه أنه إذا فسخ فی جزء فلا بدّ له أن يفسخ فی البقيه أيضا فإذا لم يفسخ البائع فی البقيه ألزمه المشتری بذلك على حسب اشتراطه و الا فيثبت له خيار تخلف الشرط و كذلك لو لم يفسخ حتى خرجت المده كما هو واضح.

و فی جميع هذه الاقسام لا نرى موردا لتبعض الصفقه أصلا كما هو واضح و أعجب من ذلك أن المصنف ره ذكر بعد ما حكم بثبوت خيار تخلف الشرط بأنه لا يبعد ثبوت خيار تخلف الشرط قبل خروج المده و وجه العجب مضافا الى ما ذكرناه من عدم الوجه و التعقل الخيار تبعض الصفقه أصلا أنه كيف يثبت ذلك للمشتری قبل خروج المده فإنّه فی ضمن هذه المده لعمل البائع بردّ الثمن و يفسخ البيع فثبوت خيار تبعض الصفقه ينافی ذلك.

و بعباره اخرى أنه لم يتم أمد خيار البائع و مع ذلك كيف يثبت للمشتری خيار تبعض الصفقه و قد كان جعلهما هذا الشرط للمشتری على هذا النّحو بأن يردّ الثمن و يفسخ البيع الى وقت معنی و الفرض أنه لم يخرج الوقت

و المده بعد كما لا يخفى و لعل هذه العباره من غلط النسخه و لم نر من الحواشى من يتعرّض لذلک.

قوله الثّامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلک يجوز للمشترى اشتراط الفسخ بردّ المثمن

أقول قد عرفت: أنه لا شبهه فى جواز البيع و اشتراط الخيار فيه بردّ الثّمن و أنه مقتضى القاعده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۳

مضافا الى ورد الروايات عليه.

و كذلک يجوز للمشترى أن يشترط لنفسه الخيار متى ردّ المبيع فان الرّوايات و ان وردت فى اشتراط الخيار بردّ الثمن و لكن قد عرفت أن مشروعيه هذا الشرط لا تحتاج الى الروايات لكونه موافقا للقواعد فإن القاعده الأوليه تقتضى مشروعيه هذا الشرط فى الثمن و المثمن اما على النّحو الذى ذكرناه من كون إنشاء الملكيه من الأوّل مضيقه أو بمقتضى المؤمنون عند شروطهم كما هو واضح و كيف كان لا شبهه فى جواز اشتراط الخيار للمشترى بردّ المبيع.

نعم فرق بين المقام و بين اشتراط الخيار بردّ الثمن و هو انک عرفت قيام القرينه العرفيه و الارتكاز العرفى على أن اشتراط رد الثمن أعم من رد شخصه أو بدله فان ما أوجب البائع ان يبيع داره مثلا من زيد على هذا النحو هو احتياجه الى ثمنه و اشتراط الخيار برد نفس الثمن لا يفيد و لا يرفع حوائجه كما هو واضح.

و لكن تلک القرينه العامه فى المقام على العكس حيث انّه قد تعلق غرض البائع بحفظ المبيع كما عرفت و الا لباع متاعه بأكثر من ذلک فان اشتراط الخيار يوجب نقص القيمه كما عرفت و عليه فاشتراط المشترى الخيار لنفسه متى ردّ المبيع انّما هو ظاهر بحسب الارتكاز العرفى فى ردّ عين المبيع كما هو واضح.

و عليه فلو تلف المبيع سقط خيار المشترى و أما

البائع فسقوط خياره و عدمه تابع لشرطه كما لا يخفى نعم لو اشتراط المشترى على البائع ثبوت الخيار لنفسه متى ردّ المبيع أو بدله فلا يسقط خياره بتلف المبيع بل له الخيار بردّ بدله كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۴

ثمّ انه هل يجوز اشتراط الخيار بالرد أعم من أن يكون برد المبيع أو بدله حتى مع عدم تلف العين أو لا و قد استشكل المصنف فى ذلك هنا كاستشكاله فى اشتراط الخيار بردّ الثمن أعمّ من ردّ العين أو البدل حتى مع بقاء الثمن و الوجه فيه ما ذكره هناك من أنه مخالف القانون الفسخ فيكون غير مشروع و ذلك لان مقتضى قانون الفسخ أن يردّ كلّ مال الى صاحبه بالفسخ و يكون الثمن راجعا إلى المشترى و يرجع المبيع إلى البائع فإن معنى الفسخ هو كون البيع كعدمه و اشتراط رد بدله مع الانفساخ مخالف لذلك كما هو واضح.

و قد ذكرنا سابقا أن ما ذكره المصنف و ان كان متينا و لكن يمكن أن يكون ذلك بشرط آخر و لو كان ضمنيا بأن يشترط فى نفس هذا البيع بأن يشترط الفسخ برد المبيع و يشترط أيضا أن يبادل المبيع بعين آخر بحيث انّ المشترى بفعل فعلين بحسب الاشتراط أحدهما فسخ العقد و الثانى تبديل المبيع بعين آخر و لو كان هذا التّبديل بالوكاله من قبل البائع كما عرفت ذلك فى السّابقه.

و على الجمله فاشتراط الخيار بردّ المبيع أو بدله حتّى مع البقاء ينحل الى شرطين أحدهما ثبوت الخيار للمشترى أو فسخ العقد بالرّد و الثّانى تبديل كونه وكيلا فى تبديل المبيع بعين آخر فرد البدل من جهه المبادله المستقله الجديده الحاصله

بعـد الفسخ فلا يكون الشـرط مخالفا لقانون الفسخ و دعوى أنه لو كان التبديل بعنوان المبادله الخاصه لكون المشترى وكيلا فى ذلـك لكـان باطلاـ بعزل الموكل الوكيل قلنا هـذا مبنى على جواز عزل الوكيل الـذى اشترطت وكالته فى ضـمن العقـد اللازم و عدمه فإنه بناء على الجواز فلا مانع منه هذا فيما إذا كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۵

الشـرط شـرط الفعل و أما إذا كان الشـرط شـرط النتيجه بأن يشترط المبادله بعـد الفسـخ فالأمر أوضح فإنّه بمجرد انفساخ العقد يتبدل المبيع ببدل آخر كما هو واضح.

و الأـمر أوضـح إذا اشترط ردّ التّالف بالمثـل فى القيمى و بـالقيمه فى المثلى فـإنه حينئـذ تكون المبادله فى الـذّمه بين القيمى و المثلى و تكون الذّمه مشغوله بالقيمه بعد ما كانت مشغوله بالمثل و حيث ان الأمر هنا أوضح و لذا لم يستشكل المصنف هنا بعد منع الجواز فى العين الخـارجيه بـدعوى أن اشتراط التبـديل هنـا بمنزله اشتراط إبقـاء مـا فى الـذّمه بغير جنسه الاـ اشتراط ضـمان التالف المثلى بالقيمه و بالعكس و هـذا بخلافه فى السابق فان اشتراط البـدل هناك اشتراط للفسـخ على وجه غير مشـروع لكونه مخالفا لقانون الفسخ فيكون مخالفا للكتاب و السنّه ثمّ أمر بالتّأمل.

و لكن على ما ذكرناه لا فارق بين المسئلتين الا ان التبديل فى الاولى فى العين الخارجيه و فى الثانيه فى الذّمه و هو واضح.

ثمّ انه يجوز اشتراط الفسـخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو بـدله و يجرى فى كل من الطرفين كل واحده على حده الذى ذكرناه مفصلا

قوله مسأله لا اشكال و لا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه فى كلّ معاوضه لازمه

اشاره

أقول هل يجرى خيار الشرط فى غير المبيع من العقود أم لا الظاهر أنه لا خلاف فى عدم

اختصاصه بالبيع و جريانه فى غيره أيضا لا من جهه الروايات الخاصه الوارده فى هذه المسأله فإنها مختصه بموارد خاصه كما عرفت بل لان خيار الشرط موافق لمقتضى القاعده فيجرى فى غيره أيضا و لذا تعدوا من موارد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۶

الروايات فان موردها صوره ردّ تمام الثمن و تعدوا و التزموا بجوازه أى بجواز اشتراط الخيار بردّ بعض الثمن كما عرفت و هذه القاعده أما لعموم المؤمنون عند شروطهم أو لما ذكرناه فى كون الشرط مرجعه إلى إنشاء الملكيه المحدوده أو غير ذلك و هذا فى الجمله مما لا شبهه و لا خلاف فيه و انما الكلام فى جريان هذا الخيار فى جميع افراد المعاملات حتى الإيقاعات أم لا.

و قد يقال: بمنع جريانه فى الإيقاعات

بدعوى أن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جمله من الاخبار و الإيقاع إنّما تقوم بواحد.

و فيه ما ذكره المصنف من أن المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب و القبول أ لا ترى أنهم جوزوا ان يشترط فى إعتاق العبد اشتراط خدمه مده متمسّكا بعموم المؤمنون عند شروطهم و هذا لا شبهه فيه و عليه فلا مانع من اشتراط شى ء فى الطلاق و العتاق تمسكا بعموم القاعده الدّاله على جواز الشرط كما هو واضح.

و قد يظهر من المصنّف وجه آخر فى المنع عن جريانه فى الإيقاعات و قد أصر عليه شيخنا الأستاذ فى عده موارد و حاصله أن الخيار انّما يجرى فى مورد يكون العقد قابلا للإقاله و الانفساخ بها فإنه يستكشف من ذلك أن اللزوم لزوم حقى فكل ما يكون اللزوم فيه حقيا يدخل فيه الشرط

أيضا و أما ما لا تـدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلک كون اللزوم حكميا فلا يمكن رفع اللزوم بجعل الخيار فی العقـد و حيث ان الإيقاعات ما لا تدخل فيه الإقاله فيستكشف من ذلك كون اللزوم حكميا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۷

فلا يدخل فيه خيار الشرط و هذا هو الكبرى الكلى فی كلّ عقد يدخل فيه خيار الشرط و ما لا يدخل فيه خيار الشرط.

أقول: قـد عرفت فی أوّل البيع أنه لا فـارق بين الحكم و الحق من حيث الحقيقه بـل كلاهمـا من حقيقه واحـده و من مجعولات الشارع غايه الأمر أن الشّارع قـد اعطى الاختيار بيـد المتعاملين فيقبل الحل و الفسـخ و كذلک فی الجواز و سـمى ذلک بحسـب الاصـطلاح حقا و فی الآخر لم يجعل فيه لأحد سـلطنه أصلا و لا يقبل الفسخ أصلا كما أن الجواز الحكمى كذلک فإنه لا يقبل النقل و الاسقاط و سمى ذلک بحسب الاصطلاح حكما كما هو واضح.

و عليه فلا بـدّ فی تمييز اللزوم الـذى لا يقبل الفسخ عما يقبل الفسخ و كذلک فی الجواز من الرّجوع الى الأدله كما هو واضح و من هنا نرى أن النكاح لا تـدخل فيه الإقاله و لكن يدخل فيه الخيار من بعض الجهات كما فی موارد العيوب الخاصه و لا يدخل فيه الخيار من غير هـذه الجهه و على الجمله فـدخول الإقاله فی العقد و عدم دخوله ليس ميزانا فی المقام و عليه فكما دلّ الدليل بعـد الرّجوع اليه من عـدم دخول الشـرط و الخيار بعقـد أو إيقاع و كونه لازما من جميع الجهات أخـذ به و الا فعمومات وجوب الوفاء بالشرط متبع و عليه فيجرى الخيار فی

كلّ عقد و إيقاع حتى الطلاق ما لم يدل دليل على خلافه.

و قد يستدل فى ذلک بدليل لزوم الوفاء بالشرط و قد منع- بعضهم جريانه فى الإيقاعات بدعوى أن مفهوم الشرط ما كان بين اثنين و الإيقاعات لا تقوم الا بواحد و فيه أن المستفاد من الشروط ما كان بين شخصين لا كونها متوقفه على الإيجاب و القبول كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۸

ثم منع المصنف عن جريان شرط الخيار فى الإيقاعات بدعوى منع صدق الشرط فى الإيقاعات و انصرافه الى العقود خصوصا على ما فى القاموس من تفسير الشرط بما كان فى العقود ثمّ ذكر وجها آخر لمنع جريانه فى الإيقاعات و أسر عليه شيخنا الأستاذ فى موارد عديده و حاصله ما أشرنا اليه من أن الخيار انّما يجرى فى عقد كان اللزوم فيه حقيا بحيث يتمكن المتعاقدان عن فسخ العقد بالإقاله و أما فيما كان اللزوم فيه حكميا فلا يجرى فيه ذلک و من الواضح أن الإيقاعات لا تدخل فيها الإقاله فنكشف من ذلک عدم جريانه فى الإيقاعات كما هو واضح.

و قد عرفت الجواب عنه و قلنا أن اللزوم حكم الهى قد جعل فى العقود و فى أن مورد دلّ دليل على جواز دخول الخيار فيه نأخذ به و الا فلا فدخول الإقاله فى بعض العقود و عدم دخولها فى بعض ليس ميزانا لجريان الخيار فيها و عدم جريانه فيها فلا يوجب ذلک كون حقيقه اللزوم متعددا حقيا تاره و حكميا أخرى بل الحقيقه فى جميعها على نسق واحد و من هنا ترى جريان الخيار فى عقد النّكاح من بعض الجهات دون بعض مع عدم جريان الإقاله فيه و على

الجمله جواز جعل الخيار فى العقود و عدم جواز جعله فيه تابع للدليل ففى كلّ مورد دلّ الدليل على جواز نأخذ به و الّا فنحكم باللّزوم للعمومات الدّاله على اللّزوم.

و التحقيق أن يقال انه بناء على كون دليل الشرط الخيار فى العقود هو دليل الوفاء بالشرط اعنى المؤمنون عند شروطهم الذى ورد فى الرّوايات المستفيضه لا يمكن التّمسک بها لوجه أخر بل دليل الشرط هو شی ء آخر قد أشرنا إليه فيما سبق و حاصله أن المنشئ الذى يشترط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۶۹

الخيار فى العقود انّما ينشئ من الأول ملكيه محدوده بعدم الفسخ فيكون ما التزمه كلّ منهما فى مقام الإنشاء مشمولا لأدله الوفاء بالعقد و لا- تكون تلك الأدله شامله لها من الأول حتى يتنازع فى خروجها عنها و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فى العقود و لخصوص المنشئ فى الإيقاعات أن ينشئ من الأول حصه خاصه و ملكيه محدوده و زوجيه محدوده و طلاقا محدودا من الأول فلا يكون المشمول لأدله اللزوم الا خصوص هذه الحصه الخاصه فقط فإن أدله اللزوم تدلّ على لزوم ما التزمه العاقد لا غيره و الا لتخلف العقد عن القصد.

و أما ان كان المدرک لجعل الخيار فى العقود و الإيقاعات هو دليل الوفاء بالشرط و هو لا يشمل الإيقاعات أصلا لوجهين الأول انّک قد عرفت فيما سبق أن معنى المؤمنون عند شروطهم هو الحكم التكليفى أن أن المؤمن لا بدّ و ان يقف عند شرطه و لا يتجاوز عنه بالتخلف نظير المؤمن عند عهده و وعده و فى بعض الروايات و ليفى بشرطه و نظير ذلک و ليس للمؤمن أن يتخلف من شرطه و عهده بعد

ما عهد و اشترط على نفسه فعلا فان من لوازم الايمان هو ذلك كما ان من لوازم الايمان هو إتيان الواجبات و ترك المحرّمات و كذلك من لوازم الايمان أن يفى المؤمن بشرطه.

الوجه الثّانى أن مقتضى الظاهر من قولهم (ع) المؤمنون عند شروطهم هو أن من التزم بشرط و اعتبر على نفسه فى عقد فلا بدّ من الوفاء عليه و من الواضح أن هذا لا يتمّ فى الإيقاعات فإن المطلق مثلا هو الذى يشترط على الزوجه شرطا من غير إطلاق منها فلا يكون شرطا عليها ليشملها المؤمنون عند شروطهم إذ ليس عندها شرط أصلا حتى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۰

يفيها و مع الغض عن الإشكال الأوّل فأيضا لا يشمل الحديث الإيقاعات.

و عليه فيختص بمورد كان متعلّق الشّرط هو الفعل ليكون العمل به ممكنا و عليه فشرط الخيار خارج عن مفاده لعدم كونه فعلا و هذا هو الظّاهر من قضيه المؤمنون عند شروطهم و ان قلنا أن مرجع الشرط- بالأخره إلى جعل الخيار و لكن بالالتزام لا بالمطابقه، و أمّا إذا كان المدرك لجعل الخيار فى العقود ما ذكرناه فهل يمكن جعله فى جميع العقود و الإيقاعات بأن يكون المنشئ قد إنشاء الطلاق المضيق و مقيدا بعدم الفسخ مثلا أم لا و الظّاهر هو الثّانى فإن المتفاهم من جعل الشّروط أن يكون للمشروط له خيار تخلف الشرط و يكون له خيار فى إعدام الأمر الثّابت بالإنشاء و فى الإيقاعات مثل الطّلاق و المعتاق و الإبراء ليس الأمر كذلك فإنّها أمور عدميه و توضيح ذلك أنّه لو أغمضنا عن عدم شمول دليل الوفاء بالشّرط لجعل الخيار و قلنا بشمول الرّوايه لشرط الخيار أيضا و لكن

الظّاهر من الشّرط ما يكون المشروط فيه إثباتا لشى ء و إيجادا له فى مقام الاعتبار بحيث لو تخلف المشروط عليه لثبت للمشروط له الخيار و الإيقاعات المسلمه مثل الطلاق و العتق و الإبراء خارجه عن ذلك بحسب الارتكاز العرفى فإنّها عباره عن رفع شى ء و إزالته فإن الطّلاق رفع الزّوجيه و العتاق رفع العبوديه و الإبراء إعدام اشتغال الذّمه و هكذا فليس هنا إثبات شى ء و إيجاده للطرف الآخر بحيث إذا تخلف بالشّرط فيفسخ المشروط له ذلك و يعدم ما أثبته للمشروط عليه و يحله فان الطلاق يعدم الزّوجيه و لذا ورد فى بعض الروايات يلقى حبلها عليها. أى يقطع العلاقه بينهما و من الواضح لو ثبت فيه الخيار فلازم ذلك أن يرجع إليها من التخلّف و لو بعد سنين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۱

و اختياره زوجا آخر فبناء على عدم اختصاص دليل الوفاء بالشّرط بالافعال فالارتكاز العرفى مانع عن جريانه فى الإيقاعات أيضا حتى على ما ذكرنا أيضا من المبنى فان المتفاهم من الأمور المذكوره إعدام الموضوع على وجه الإطلاق فالتوقيت ينافى ذلك كما هو واضح.

و أمّا ما ورد من جواز عتق العبد و الأمه مع الشرط عليها فليس ذلك فى الحقيقه اشتراطها الخيار أو الشّرط فى الإيقاع بل العبد و جميع شؤونه من الأوّل ملك لمالكه و المالك انما رفع اليد عن مقدار عن ملكه و أبقى مقدارا آخر لا أنّه يعتق العبد على وجه الإطلاق ثمّ يشترط عليه شرطا كما هو واضح.

و الحاصل أنّه بناء على ما ذكرناه من أن مرجع الاشتراط هو إنشاء المنشإ مقيدا و مضيقا بحدّ خاص ليكون المشمول لأدلّه اللّزوم هو هذه الحصّه الخاصّه فأيضا لا

یمکن جعل الخیار فی الطّلاق و العتق و الإبراء لأنّها أمور عدمیه فالطلاق إعدام الزوجیه و العتاق إعدام الرقیه و الإبراء إعدام اشتغال الذمه و الظّاهر من مفهوم هذا الأمور بحسب الارتکاز اعتبار الشّرط و الخیار فیها منافیا لمفهومها فان معنی الطلاق هو الإطلاق و الإرسال المعبر عنه فی الفارسیّه (رها کردن) و من الواضح أن شرط الخیار بحیث أن یکون له الفسخ و لو کانت المرأه المتزوجه لیضرها مناف لهذا المفهوم کما هو واضح و کذا مفهوم العتق و مفهوم الإبراء.

و أمّا الوقف و الإیصاء فبناء علی کونهما من الإیقاعات کما هو الظّاهر فلیسا من الأمور العدمیه فیکونا مثل العقود فلا بدّ أیضا من التکلّم فیها بأنّه هل یجری فیهما و فی جمیع أقسام العقود أم لا.

فنقول أمّا النّکاح فقد ادعوا الإجماع علی عدم جریان الخیار و شرطه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۲

فیه و ذکر السید ره أن عدم جریانه فیه و کونه مفسدا للنّکاح علی تقدیر الاشتراط من جهه الإجماع و الا فمقتضی القاعده هو جواز الاشتراط فیه و عدم کون الشرط مفسدا له.

و لکن الظاهر أنّه لا یجری فیه الشّرط و علی تقدیره یکون مفسدا و لیس ذلک مثل بقیه الشّروط الّتی لا تکون مفسده للعقد. و الوجه فی ذلک هو ما ذکرناه من أن مرجع الاشتراط فی العقود هو تضییق دائره المنشأ و جعله علی قسم خاص و کونه مقیدا بعدم الفسخ و علیه فإذا اشترط الخیار فی عقد النّکاح فمعناه أن للمشروط له الفسخ متی أراد و علیه فلا یعلم انه یفسخ النکاح أو لا یفسخ و علی تقدیر انه یفسخ فلا یعلم أنه متی یفسخ و علیه

فيكون وقت الفسخ مجهولا و حيث أنّه لم يرد النّكاح فى الشّريعه الا على قسمين دائمى و موقت و هذا العقد خارج عن كلاهما فإنّه ليس بدائمى لكون الزواج مقيّدا بعد الفسخ كما عرفت إذا لا معنى لاعتبار الزّواج بعد الفسخ أيضا ليكون دائميا لكونه تناقضا واضحا و لغوا محضا و أما الموقت فلانّه مشروط بكون الوقت معلوما و مسما كما ورد فى الرّوايات الكثيره بل فى قراءه بن عباس إلى أجل مسمّى حيث أضاف لفظ المسمى و حيث ليس الأجل هنا معلوما فيكون باطلا فلا يقاس ذلك ببقيه الشّروط الفاسده الغير المبطله للعقد و اذن فاشتراط الخيار فى النّكاح فاسد و مفسد للعقد.

نعم لو كان التوقيت بما وقت به الشّارع كالطلاق و العيوب الخمسه فلا مانع منه فإنّه أمر تعبّدى حتّى لو صرحا الزّوج و الزوجه من الأوّل بذلك لكان صحيحا أيضا بأن قال زوّجت الى أن أطلق أو الى أن يظهر شى ء من العيوب.

و أمّا الوقف سواء كان من العقود أو الإيقاعات فقد ذكرنا فى بيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۳

الوقف أنه على قسمين الأوّل أن يكون تحريرا و فكا للملك كالمساجد و نحوها فهو مثل العتق فيكون من الأمور العدميه فبالوقف بعدم الملكيه و يفكها و يجعلها محرره و يجرى فيه جميع ما ذكرناه فى الطّلاق و العتق و الإبراء فلا يمكن فيه جعل الخيار لكونه منافيا لمفهوم التّحرير بحسب الارتكاز العرفى.

فإنّه لا معنى للتّحرير مع كونه مختارا فى إرجاعه إلى ملكه، نعم لو كان كذلك لم يكن وقفا بل يكون من قبيل السكنى و العمرى و الرقبى.

و القسم الثّانى و هو ما كان من قبيل التّمليك كالأوقاف الخاصّه و

كالوقف على المسجد بناء على كونه ملكا للمسجد لا أنّه يكون مثل المسجد محرّرا فالظّاهر أنّه مبنى على أن التّأييد مأخوذ فى حقيقه الوقف أم لا- فإنّه بناء على أخذه فيه لا- يجوز هذا الا-شتراط لانّه يكون الاشتراط بالنسبه إلى الوقف متناقضا لان اعتبار الوقف مقتضى التأييد و الاشتراط يقتضى التّوقيت بناء على ما ذكرناه من رجوع الشّرط الى تضييق دائره المنشأ و هما لا يجتمعان و اعتبار التأبيد حتّى ما بعد الفسخ لغو ظاهر كما هو واضح و أمّا بناء على عدم أخذ التأييد فى الوقف و القول بجوازه سنه نظير السّكنى و الرّقبى فلا بدّ من تنقيح هذه الكبرى و أن التأبيد مأخوذ فى الوقف أم لا.

و أما ما فى الموثّقه من قوله (ع) من أوقف أرضا ثمّ قال ان احتجت إليها فأنا أحق بها ثمّ مات الرّجل فإنّها ترجع فى الميراث فلا دلا-له فيها على المدّعى حيث ان محلّ كلامنا فى شرط الخيار و الرّوايه راجعه إلى شرط النتيجه و رجوع الوقف الى ملك الواقف مع الاحتياج فأحدهما أجنبى عن الآخر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۴

و ربّما علل على عدم جريان الخيار فى الوقف باشتراط القربه فى الوقف و هو ممنوع صغيرى و كبير أمّا الكبرى فلعدم الدّليل على اعتبار القربه فى الوقف و أمّا الصّغرى فكذلك فإنّه لا- دليل على أن القربه مانعه عن الا-شتراط مع وجود الدّليل على الاشتراط امّا دليل الوفاء بالشّرط أو ما ذكرناه فى الوقف كما هو واضح فالظّاهر أن شرط الخيار و عدمه متوقّف على ما ذكرناه من اعتبار من التأبيد فى الوقف و عدمه.

و الحاصل أنّه قسم المصنّف العقود على ثلثه أقسام الأوّل ما

لا يدخل فيه الخيار اتّفاقا كالنّكاح و نحوه الثّانی ما يدخل فيه الخيار كالبيع و نحوه من أقسام المعاملات الثالث ما يكون مختلف فيه كالوقف و نحوه.

أقول التّحقيق أن يقال: أن فی كلّ مورد نعلم بجواز شرط الخيار فی عقد نحكم بصحّه أخذه فيه و فی كلّ مورد نعلم بعدم جواز أخذ الخيار فی عقد نحكم بعدم صحه أخذه فيه و فی مورد الشّک نرجع الی الأصل و من الواضح أن مقتضاه هو جواز أخذه فيه و عدم ترتّب الأثر علی غير ما أخذه المتبايعان فی العقد.

بيان ذلک أنّک قد عرفت آنفا أن معنی جعل الخيار فی العقد هو تحديد المنشأ بحدّ خاص بحيث ينشئ البائع مثلا بيع داره مقيّدا بعدم فسخه و قلنا أن التّمليک الموقّت و ان كان لا معنی له فان معنی بيع الدّار هو تمليكها مؤبدا من حيث الزّمان و غير مقيّد بزمان و لكن ينافی ذلک تحديده من حيث الزّمانيات فيبيع داره مقيدا بعدم فسخه أی ينشئ ملكيه داره لزيد مقيدا بالقيد المذكور لا علی وجه الإطلاق و عليه فيكون أدله اللزوم و الصّحه شامله لذلک فإذا شككنا فی جواز ذلک فبمقتضی القاعده نحكم بجوازه و بعدم كون غير ذلک منشئا و عدم كون التمليک علی وجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۵

الإطلاق فإن القدر المتيقّن هو التمليک الخاص فالزّائد عنه مشكوک فالأصل عدمه.

و بعباره اخری أن الحكم بكون مال شخص لشخص آخر يحتاج الی سبب و الفرض أن المالک لم ينشئ الّا ملكيه محدوده فإن أمضی الشّارع ذلک فهو و الّا ای و ان امضی ملكيه مطلقه يلزم أن يمضی الشّارع ما لم ينشئ فيكون المنشأ غير ممضی

و الممضى غير منشئ و عليه فكلما شككنا فى نفوذ شرط و خيار فالأصل يقتضى نفوذه فان مقتضى عدم النّفوذ هو الحكم بما نشك فى إنشائه فالأصل عدمه كما لا يخفى.

هذا ما يقتضيه الأصل الّذى لا بدّ من الرّجوع اليه عند الشّك ثم ان الشّرط قد يرجع الى الخيار و قد لا يرجع و يتضح ذلك بما سنذكره و إذا عرفت ذلك فنقول لا بدّ من تحقيق معنى الشّرط و ما يجوز جعله فى العقود و ما لا يجوز ليتضح ما هو الضابط فى المقام اعنى ما يدخل فيه الخيار و ما لا يدخل فيه الخيار حتى نرجع فى غيره الى الأصل.

اما الشرط الذى اشترط فى العقود قد يكون راجعا الى اشتراط أمر غير اختيارى و اخرى يرجع الى اشتراط أمر غير اختيارى و على كل حال قد يرجع الاشتراط الى جعل الخيار و قد لا يرجع.

اما إذا كان الاشتراط اشتراط أمر غير اختياريه كما إذا اشترى عبدا فشرط كونه كاتبا أو اشترى متاعا آخر فشرط كونه على وصف خاص فإنه لا شبهه فى ان كون العبد كاتبا أو كون المبيع على وصف خاص من- الأوصاف التى ليس فى اختيار البائع غير اختيارى للبائع و عليه فلا معنى للاشتراط الا توقف الالتزام البيعى على الالتزام الشرطى فإنه لا يتصور لهذا الاشتراط معنى الا ان يكون العقد معلقا عليه ان أبيع على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۶

الشرط و الا فلا أبيع مثلا معنى بيع العبد بشرط كونه كاتبا انه أبيع ذلك على ان يكون كاتبا و الا فلا أبيع فيكون باطلا للتعليق.

و اما ان يكون المراد من الالتزام الشرطى التزام آخر فى ضمن

الالتزام البيعی من غير ان يرتب أحدهما بالآخر و اما ان يراد ما ذكرناه من توقف الالتزام البيعی علی الالتزام الشرطی من غير ان يكون البيع متوقفا علی ظهور المبيع بوصف خاص بل الالتزام علی البيع و الوقوف عليه موقوف علی الشرط كما هو واضح.

و علی هذا فلو تخلف الوصف فيكون المشروط له مخيرا فی بقائه علی التزامه و عدم بقائه فيكون له الخيار.

و اما إذا كان الشرط فی العقود من الأمور الاختياريه فهو علی قسمين: الأول: ان لا يكون العقد مما يجری فيه الخيار كمثل النكاح مثلا- فان معنی الشرط حينئذ هو مجرد توقف الالتزام العقدی علی الالتزام الشرطی من خير ان يكون مرجعه الی جعل الخيار أصلا بل فائدته ليس إلا إلزام المشروط عليه تكليفا علی الوفاء و الوقوف علی التزامه فان المشروط له انما أنشأ العقد علی هذا الالتزام بحيث لو كان المشروط عليه لقبل الإيجاب المنشأ علی هذا النحو لقبل مقيدا لكان باطلا لعدم المطابقه بينهما و قد ذكرنا فی أوائل البيع انه لو أنشأ الموجب عقدا مشروطا بشرط فقبل القابل بلا شرط لبطل فان ما أنشأه البائع لم يقبله المشتری و ما قبله القابل لم ينشأه الموجب و علی كل حال فهذا الاشتراط ليس له فائده إلا إلزام المشروط عليه و لا بأس بذلك أيضا و يترتب عليه الأثر من حكم النشوز و نحوه فی النكاح و لا يضر تعليق العقد بذلك فان بطلان التعليق فی العقود ليس الا من جهه الإجماع و من الواضح ان المتيقن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۷

منه صوره كون المعلق عليه مشكوكا لا فيما يكون منجزا و لذا قالوا يعتبر التنجز فی العقود

و هـذا المعنى متعارف فى العرف أيضا فإنه يقول بعضـهم لبعض بعتك هـذا المتاع لك بشـرط ان تلتزم بذلك الشـرط أو يقول احـد الزوجين للآخر زوجتـك نفسـى بشـرط ان تلتزم بالشـرط الفلانـى من تعيين المكان و نحو ذلك و من هـذا القبيل اشتراط الشـرط الفاسد فى العقد من شـرب الخمر و نحوه فان الشـرط اعنى الالتزام حاصل بالنسبه إلى المشـروط عليه و لكن لم يمضـه الشارع فمورد الشروط الفاسده هو ذلك فيصح العقد لان شرطه و هو التزام الطرف حاصل و ان لم يمضه الشارع.

الثانى ان يكون الشـرط مرجعا لكلا الأمرين بأن يكون الشـرط امرا اختياريا و يكون معناه التزام الموجب بالبيع و نحوه مثلا مقيدا بالتزام الطرف الآخر بالشـرط فيكون منحلا إلى أمرين أحـدهما إلزام الطرف اى المشـروط عليه أو لا بالوفاء بالشـرط و مع عـدم الوفاء يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و سيأتى تفصيل ذلك فى باب الشروط.

و بعبـاره اخرى ان الشـروط على ثلثه أقسـام: الأول: ان يكون مرجعه الى جعل الخيار للمشـروط له كاشتراط الأوصاف فى المبيع مثلا الخارجه عن القدره كما إذا باع عبدا فشرط المشترى على البائع كونه كاتبا فان كونه كاتبا ليس فى قدره البائع فإذا ظهر غير كاتب فليس- للمشترى إلزامه بكونه كاتبا و هكذا فى جميع الأوصاف الغير الاختياريه غايه الأمر فيثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالمبيع الفاقد للوصف و له ان يفسخ العقد و يرجع الثمن.

الثانى: ان يكون متعلق الشرط امرا اختياريا كما إذا اشترى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۸

أحد شيئا و شرط فى ضمنه امرا مقدورا للبائع كخياطه ثوبه و بنائه داره أو نجارته بابه و نحو ذلك

من الأمر المقـدوره للبائع و فى مثل ذلک فالشـروط مجمع للأمرين إلزام المشـروط عليه بالوفاء بالشـرط و مع عدم الوفاء ثبت له خيار تخلف الشرط فله ان يرضى بالعقد بدون الشرط و له ان يفسخ العقد.

الثالث: ان يشـرط احـد المتعاقـدين على الآخر شـرطا فى العقـد الذى لا يجرى فيه الخيار الا فيما عينه الشارع بدليل خاص كعقد النكاح فإنه لا يجرى فيه الخيار إلا بالأسـباب التى عينها الشارع بـدليل خاص فمقتضـى الشـرط هنا ليس الا تعليق الالتزام العقدى على الالتزام الشـرطى فلا شـبهه فى جواز التعليق حينئذ فإن المعلق عليه و هو التزام المشـروط عليه حاصل و التعليق انما يضـر إذا كـان متعلقه مشـكوكا و ليس كـذلک فمـا هو باطـل هو الثـانى دون الأـول فـإن مورد المتيقن من الإجماع هو الثانى و اما الأول فالتعليق على نفس وجود المبيع مثلا.

و عليه فلو تخلف المشـروط عليه عن شـرطه فلا يثبت للمشروط له الخيار فإن فائده هذا الشرط ليس إلا إلزام المشروط عليه على الوفاء و مع عـدمه لا يثبت الخيار نعم يمكن ترتب بعض الآثار عليه فى مثل عقـد النكاح من عـدم تحقق النشوز و نحوه مثلا كما اشترط الزوجه مكانا خاصا لزوج فلم يف فـذهاب الزوجه الى ذلک المكان لا يوجب النشوز و لا يضـر ذلک بصـحه العقـد فان المعلق عليه حاصل جزما اعنى التزام المشـروط عليه و كـذلک إذا كان الشـرط فاسدا فان تعليق العقد بالوفاء بالشـرط الفاسد من هذا القبيل أى الشرط حاصل و هو الالتزام بالوفاء بالحرام غايه الأمر لم يمضه الشارع و من هنا نقول ان الشرط الفاسد لا يفسد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۷۹

العقد كما سيأتى فى باب

الشروط.

نعم مع عـدم الالتزام فى جميع الصور المتقـدمه من الأول لم يبطل العقـد من الأول لأن ما أنشأه البائع لم يقبله المشترى و ما قبله المشترى لم ينشئه البائع كما لا يخفى.

ثم انک عرفت من جميع ما تقدم فى معنى الخيار ان معناه ليس الا تحديد الملکيه المنشئه بزمانين و معنى التحديد ان البائع مثلا يعتبر ملکيه داره لزيـد إلى الأبـد من حيث الزمان و يلزم بذلک على وجه الإطلاق و لم يقيد أصل التزامه بشـى ء فإن الإطلاق و التقييـد فى أصـل الالـتزام غير معقـول و لکـن يقيـد ذلـک بحسب الطـوارى و الکيفيـات من حيث الزمانيـات و نـتيجه ذلـک ان المشترى له التصـرف فى المبيع بـأى کيفيه يريـد حتى بالأعـدام و نحوه فان له ذلک على وجه الإطلاق و لکنه ملکيته و سـلطنته اعنى الواجـديه هى محـدوده بحـد خاص و هو عـدم الفسـخ فإذا فسـخ ترتفع هذه السـلطنه و ما يجوز له من التصـرفات و تنقطع سلطنته عن العين و نظير ذلک کثير فى العرف فإنه يکون شـخص سـلطانا إلى سنه کما هو کذلک فى الرئاسه الجمهوريه و لکن تصـرفاته فى الاملاک مطلقه فله ان يتصـرف فى زمان سـلطنته تصـرفا مطلقه و تصرف خمسين سنه بأن يوجر أرضا إلى خمسين سنه و هکـذا و کـذلک المتصـرفين المنصوبين فى البلاـد من قبـل الملـک فـان سـلطنتهم و ان کانت مقيـده بأمـد خاص و لکن تصـرفاتهم مطلقه و لـذا تنفـذ أمورهم بعـد انعزالهم أيضا کالطرق و الشوارع و کذلک رئيس الوزراء و نحوهم و ککـ الأمر فى کل معامله خياريه فان معناه تحديد المنشأ فيکون نفس السلطنه خاصه و لکن نفوذ التصرف بجميع أنحائه مطلقا.

و الحاصل ان أصل

الالتزام و ان كان غير قابل للإطلاق و التقييد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۰

فإنه كالإنشاء إما يوجد أولا و انما الإطلاق و التقييد باعتبار المتعلق و لكن تقييد استمراره باعتبار متعلقه شى ء ممكن بأن يقيد الوقوف عليه و استمراره بشرط و عليه فلا مانع من تحديد الالتزام البيعى بحسب- الاستمرار بالالتزام الشرطى فتكون النتيجه من المجموع كون الملكيه مقيده بحد خاص كما هو واضح.

ثم انه كما يوجب الفسخ انقطاع سلطنه المشترى عن العين بالكليه و كذلك التلف فإنه إذا تلف مال احد تنقطع سلطنته عن العين و عن ماليته بالكليه إلا إذا كان التلف مستندا الى شخص يكون إتلافه موجبا للضمان فإنه ح تكون سلطنته باقيه فى الماليه فإن ذمه المتلف تكون مشغوله بذلك و اما إذا لم يكن مستند الى شخص فتكون سلطنه المالك منقطعه عن العين و عن ماليته بالمره كما كان تنقطع بالفسخ فإذا تلف المبيع عند المشترى فى غير زمان الخيار فتكون سلطنته منقطعه عنه.

و لكن مع ذلك هنا فرق بين التلف و بين الفسخ و ان كانا مشتركين فى أصل انقطاع سلطنه المالك عن العين فإنه فى صوره التلف فالمعاقده باقيه على حالها بحيث ان المتبايعين و كذلك العرف و العقلاء يعتبرون ملكيه العين التالفه للمشترى فى هذا الزمان أيضا قبل التلف فيعتبرون ان المشترى كان مالكا قبل التلف بخلافه فى الفسخ فإنه بالفسخ تنفسخ المعامله من الأول و لذا لو ادعى البائع ملكيه المبيع و ضمان المشترى عليه بالمثل بحيث ان يرد ثمنه و يأخذ مثل ماله فيقول المشترى كان التلف فى ملكى و انا كنت مالكا بالعين قبل التلف بالمعاقده التى تبقى و المقام شبيه بالحجه

حيث ان الفاعل إذا اتى بعمل مستندا الى حجه شرعيه ففى أى وقت سئل عن وجه إتيانه فيقول كانت الحجه عندى فلو قيل: أعد

فيقول الحجه تقتضـى عدم الإعاده و كذلك بعد الوقت ففى كل وقت يدعى بقاء الحجه و اسـتناد عمله اليه و كذلك فى المقام فإن المشترى فى كلّ وقت يدعى كون التلف فى ملكه و عدم الضمان لبدل المبيع لبقاء المعاقده معه فيقول أنا لست ضامنا بمثله أو قيمته فانى عاملت عليه و يـدعى فى كل وقت بقاء المعاقـده و اسـتناد عـدم الضـمان على مثله أو قيمته إلى المعاقـده و من هنا تجوز الإقاله بعد التلف فح يرجع البائع إلى مثل العين أو قيمته و يردّ الثمن إلى المشترى ان كانت عينه باقيه و الا فمثله أو قيمته.

فحال الفسـخ و رفع الملكيه و قطعها عن العين حال الإقاله بعـد تلف العين فمع الفسخ أيضا ان كانت العين باقيه فترد إلى البائع و الا فيرد المثل ان كان له الخيار حتى بعد تلف العين و من هنا ظهر أنه لا وجه لقياس الفسخ و انقطاع السـلطنه به بالتلف و انقطاع السلطنه به من جميع الجهات بل القياس فى انقطاع السلطنه بهما فقط ليس الا فافهم.

إذا عرفت ذلـك كله فاعلم أن الميزان الكلى و الضابطه الكليه فى جعل الخيار فى العقود و الإيقاعات هو أن لا يلزم من جعله ما ينافى مفهوم العقد بأن ينافى التحديد مفهوم نفس العقد أو الإيقاع كما إذا طلق مع جعل الخيار لنفسه أو إبراء ذمه المديون موقتا أو أعتقه كذلك فان المتبادر من مفهومها هو الأبديه و التوقيت ينافيها فمعنى الإبراء إفراغ

الذمه إلى الأبد و التوقيت إمهال لا إبراء و معنى الطلاق الإرسال و الإطلاق و التوقيت ينافيه و كذلك العتق.

أو كان هنا إطلاق أو عموم يقتضى صحه العقد الذى يجعل فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۲

الخيار ففى البيع و نحوه من المعاملات مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سائر الأدله هو صحه المعامله التى جعل فيه الخيار فيكون شمولها عليها بهذا المقدار و أما بعد الفسخ فلا فتكون المعامله المنشئه بقيد أى المنشئ المحدود بحد مشمولا لأدله لزوم المعامله فالزائد عن ذلك يكون خارجا عن حدود الأدله الداله على اللزوم من الأوّل.

و أما فى مثل النكاح فليس هنا إطلاق أو عموم تقتضى صحه عقد النكاح المقيد بوقت و المحدود بحدّ بعد ما كان ممكنا ثبوتا مع العلم من الخارج بان عقد النكاح لا بد اما و ان يكون دائما أو موقتا و لكن إلى أجل معلوم اى مسمى كما فى بعض الروايات و فى قراءه ابن عباس.

و عليه فجعل الخيار فى عقد النكاح لا يدل دليل على صحه هذا القسم من النكاح اى المحدود بحد خاص لو لم يكن من الخارج يدل على كونه منحصرا بقسمين لكانت العمومات الداله على لزوم مطلق العقد محكمه و لكن قد عرفت جوابه.

ثم انک عرفت عدم جواز جعل الخيار فى النكاح بل الخيار فيه منحصرا بالأسباب الخاصه و قد عرفت عدم جريانه فى الإيقاعات المذكوره من الطلاق و العقد و الإبراء و عرفت أيضا ان جريانه فى الوقف مبنى على اعتبار التأييد فى الوقف و عدمه فإنه بناء على الأول لا يجرى فيه الخيار لكونه منافيا لمفهوم الوقف كما عرفت فى الطلاق و العتق و الإبراء و هذا هو

المشـهور بين الفقهاء و هذا هو الظاهر من الروايه التى ذكرها المصنف هنا من انه وقف الواقف شيئا و اشترط عوده الى ملكه مع الاحتيـاج فحكم الامـام (ع) بعوده ميراثا و بطلان الوقف بل هو الظاهر من غير واحـد من الروايات المـذكوره فى باب الوقف بل فى بعضها ذكر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۳

الامام (ع) انه وقف الى ان يرث الله الأرض و من عليها.

و اما الصـدقه فالظاهر عدم جريان الخيار فيه فإنها لله فما كان لله لا يرجع بل هو ككك فى اعتبار العرف أيضا فإنه لا يجوز العرف جواز رجوع المصدق إلى الصدقه بعد مده فهى نظير الوقف بناء على اعتبار التأييد فيه بل قسم من الوقف و على الجمله فالصدقه حيث كانت امرا قربيا فلا ترد و اما الوصـيه سواء كانت إيقاعا أو عقـدا فان كان قبل الموت فهو جائز بطبعه فلا يـدخل فيه الخيار بـل كلمـا أراد الفسـخ يفسـخ و ان كـان بعـد الموت فهو لاـزم فيجوز فيه جعل الخيار إذ لا نرى فيه ما ينافى مفهوم الإيصاء و انه موافق لمـا دل بإطلاـقه على صـحه الوصـيه و لكن فى جعـل الخيـار فيها استبعادا محضا و ذلك فان مقتضـى جعل الخيار فيه انه بالفسـخ من المورث أو من له الخيـار ان المـال يرجع الى ملك الميت فإنه الـذى إنشاء العقـد و جعل فيه الخيار و كان المال فى ملكه ثم بتوسط الميت ينتقل إلى الورثه فان فى هـذا اسـتبعادا محضا بأنه كيف يملك الميت بعد موته و لكنه مجرد اسـتبعاد فلا محذور فيه.

و اما الهبه المعوضه التى لا تكون لذى رحم أو على وجه قريبى أو من الزوج للزوجه

فلا شبهه فی جعل الخیار فیه فإنه من العقود التی لا محذور فیها لجعل الخیار بوجه کما لا یخفی فافهم.

و الحاصل انک قد عرفت ان معنی جعل الخیار فی العقد هو جعل المنشأ مقیدا بقید خاص و بحد خاص فیکون مفاد العقد هی الملکیه المحدوده بعدم الفسخ ثم انک قد عرفت أیضا ان معنی جعل الشرط فی العقد هو کون البیع ای الملتزم به معلقا بذلک الالتزام الشرطی بحیث انه لو لا ذلک الالتزام الشرطی المعلق علیه لما باع البائع ما له

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۴

أصلا و قلنا ان التعلیق فی أمثال ذلک لا یضر فإنه إنما یضر ان کان لأمر مشکوک الحصول لا لأمر منجز کما لا یخفی و لا یفرق فی ذلک أی صحه العقد المعلق علی الالتزام الشرطی بین کون الشرط فاسدا کشرب الخمر و نحوه و بین کونه سائغا فإن ما علق علیه العقد و هو الالتزام قد حصل تکوینا و ان لم یمضه الشارع کما لا یخفی فافهم.

ثم انک قد عرفت ان العقد إذا توقف علی شی ء بحیث قد حصل مقیدا بذلک الشرط و الالتزام کان المنشأ محدودا بحد خاص و بقید خاص بحیث ان المنشأ قد أنشأ هکذا فیکون المشمول لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و سائر أدله اللزوم هذه الحصه الخاصه من المنشأ المحدود و لا شبهه انه مع تخلف هذا الشرط فللمشروط له خیار تخلف الشرط فیکون هنا التزام آخر من المشتری علی انه إذا خالف الشرط فیکون للمشروط له خیار تخلف الشرط فیما إذا کان مرجع الشرط الی الخیار کما ذکرناه سابقا و یکون ذلک فی العقود التی یجری فیه الخیار فافهم فیکون دلیل الوفاء

شاملا للعقد المقيد و المحدود بالتزامين و العقد بجميع هذه الشؤون يكون مشمولا له.

و الحاصل إذا كان البيع مثلا معلقا على شرط كالخياطه و نحوها و التزم المشترى بالوفاء بها فيكون البيع مقيدا بهذا الشرط بحيث يكون المنشأ محدودا بذلك فيكون مشمولا لما دل على اللزوم على هذا النحو الخاص ثم ان معنى جعل الشرط فى العقد هو كون المشروط له مخيرا فى حل ذلك العقد على تقدير مخالفه المشروط عليه بالشرط و عليه فالعقد معلق على التزامين أحدهما التزام المشترى بالشرط و الثانى التزامه بأن للمشترى حل العقد على تقدير مخالفته و حينئذ فيكون المنشأ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۵

مقيدا و محدودا بكلام الالتزامين و معلقا عليهما و يكون العقد المقيد و المحدود بهما مشمولا لا وفوا بالعقود و سائر أدله اللزوم و عليه فلا- مجال لتوهم ان حل العقد على تقدير تخلف الشرط مناف لأوفوا بالعقود بل هو مأخوذ فيه فان أوفوا يشمل العقود بجميع شؤونها كما هو واضح و مع تخلف الشرط ينتفى المشروط اعنى اللزوم فثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا معنى ما ذكر من أنه ينتفى المشروط مع تخلف الشرط كما هو واضح فان من التزم بالبيع التزمه على تقدير و لا شبهه فى عدم جواز قبوله بدون ذلك التقدير بداهه تفاوت قيمه المبيع مع الخيار و بدونه فإذا كانت قيمه المبيع خمسين بلا شرط و باعه عشرين مع الشرط فلو لم يكن للشرط دخل فى نقصان الثمن لم يقدم بهذه المعامله إلا السفيه كما هو واضح هذا فاغتنم.

ثم انه وقع الخلاف فى جريان الخيار و عدمه فى بعض العقود

اشاره

و قد عرفت عدم جريانه فى النكاح و ما عن السيد فى العروه انه لا يجرى فى

النكـاح للإجماع فى غير محله بل لا يجرى لما ذكرناه و قـد عرفت أيضا عـدم جريانه فى الوقف أيضا بناء على اعتبار التأبيـد فيه كمـا هو الظـاهر من الروايه التى ذكرهـا المصـنف فى المقام و من بقيه الروايات الـداله على كون الموقوف وقفا الى ان يرث الله الأرض و من عليها و عليه فيكون جعل الخيار فى الوقف منافيا لمفهومه.

و اما الصدقه

فلا- يجرى الخيـار فيه أيضـا لأـنه كـالوقف فى اعتبار التأييـد فيها و انها وقعت لله و ما كان لله لا يرجع كما ذكر المصـنف بل فى بعض الروايـات ان آخـذ الصـدقه هـو الله تعـالى فـإذا كـان الطرف هـو الله فكيف ترجع الصـدقه و ربمـا يتوهم كمـا توهم بعض المحشين من ان ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۶

ذكره المصـنف هنا من كون الصـدقه لله تعالى و ما كان لله لا يرجع مناف لما ذكره فى الوقف من الإشـكال فى الكبرى فى عدم اعتبار القربه ان عدم الدليل على ذلک و لكن قد ظهر جوابه مما ذكرناه و بيانه ان الروايات الكثيره قد دلت على اعتبار القربه فى الصـدقه و كونهـا على وجه قربى و معنى اعتبـار القربه هنـا ان طرف الصـدقه هو الله و الآخـذ هو كمـا فى بعض الروايـات فكـأن المصدق يعطى الصدقه لله تعالى و ما أخذه الله تبارک و تعالى لا يرجع.

و هـذا غير كون الفعـل قريبـا اى مأتيـا به على وجه قربى لا- جل ابتغاء الثواب و هـذا لا ينافى جواز حل ذلک العقـد و إرجاع ما اعطى على وجه قريبى و لو قلنا بكون المعامله مستحبه بذاتها و ان أنكرنا ذلک فى المكاسب المحرمه و قلنا ان الاستحباب من

جهه الفعل فلا يكون ذلک موجبا للزوم البيع كما هو واضح هنا لو باع احد داره من عالم أو سيد قربه الى الله تعالى و قصد فى معاملته التقرب بها الى الله تعالى فهل يتوهم احد ان ذلک مانع عن جريان خيار المجلس فى ذلک فالكبرى الذى تسلمها المصنف هنا غير الكبرى الذى منعها فى الوقف فان الآخذ هنا هو الله فلا معنى لإرجاع ما أخذه بل هذا ككک فى العرف أيضا فإن من اعطى شيئا للسلطان ليس له ان يدق بابه بعد مده و يطلب ذلک بل يعد العقلاء من المجانين لو فعل ذلک و على تقدير تسليم اعتبار القربه فى الوقف فهو من القبيل الثانى دون الأول و عليه فلا مانع من جعل الخيار فى الوقف مع قطع النظر عن كون التأييد فيه مانعا عن جريان الخيار فيه على انا قد استشكلنا فى اعتبار القربه فى الوقف تبعا للمصنف و قلنا انه لا دليل عليه كما عرفت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۷

و اما الصلح

فان كان لقطع الخصومه فلاـ بأس لجعل الخيار فيه فان مرجع جعل الخيار فيه هو تقييد المنشأ و تحديده بعدم الفسخ و من الواضح انه لا بأس لقطع الخصومه إلى زمان خاص و لو صرح احد المتخاصمين أو كليهما بذلک فهل فيه محذور.

و ان كان الصلح لإسقاط الدعوى فيكون ذلک مثل الإبراء فلان لكل شخص ان يدعى على أخيه المسلم و غيره من حقه و يحضره عند الحاكم للمحاكمه و له حق الإحضار عنده و ليس للمدعى عليه الإباء عن ذلک بوجه فإذا أسقط حقه هذا بالمصالحه فيكون ذلک مثل الإبراء و عليه فيكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الصلح

كما هو واضح فان معنى الاسقاط هو عدم بقاء حق للمدعى على المدعى عليه فيما ادعاه و انه سقط إلا إذا ادعى حقا آخر غير الساقط و الشى ء بعد سقوطه لا يرجع الى حالته الأوليه و الحاصل معنى السقوط و الإبراء هو فراغ ذمه من عليه الحق من الحق إلى الأبد فاشتراط التوقيت فى ذلك مناف لذلك فلا يكون ح إسقاطا و إبراء كما لا يخفى.

و اما الضمان

و هو عند الخاصه عباره عن انتقال الدين من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون ذمه المديون بريئا و يكون ذلك أيضا مثل الإبراء كما هو واضح.

و اما الرهن

فقد يقال بكون جعل الخيار فيه منافيا لمقتضى الرهنيه فإن الرهن وثيقه و كون المرتهن على اطمينان من دينه فجعل الخيار فيه ينافى الاطمئنان.

و فيه ان الرهن و ان كان وثيقه الا انه وثيقه للدين و معنى كونه وثيقه للدين هو وصله به اى ان الرهن متصل به و لذا يقال وثيقه للدين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۸

اى مشدود به فيحل عند أداء الدين و أخذ الوثيقه بمعنى الاطمئنان لسهو بل الاطمئنان من لوازم الوثيقه و الا فمعنى الوثاقه فى اللغه هو الشد و منه قوله تعالى فَشُدُّوا الْوَثٰاقَ فَإِمّٰا مَنًّا بَعْدُ وَ إِمّٰا فِدٰاءً اى شدوا وصالكم و عهدكم و من هنا يقال للشخص الذى أمين أنه موثق اى انه لا- تجر فى اخبار و لا ترد بل خبره متصل باعتقاده و ليس كاذبا فيه و لذا يطلق الاعتقاد على وثاقه القلب بشى ء و يقال اعتقد عليه و ليس له تردد ليقدم رجلا و يؤخر أخرى كما هو واضح و عليه فلا مانع فى جعل الخيار فى الرهن فيه أيضا إذ لا تنافى فيه بمقتضى الرهن أصلا فإنه مع جعل الخيار فيه أيضا فالرهن متصل بالدين و بعد الفسخ يبقى الدين كحال لا رهن فيه فلا مانع فى ذلك مع اقدام المرتهن عليه بنفسه.

و كيف كان فالضابط الكلى فى جعل الخيار فى عقد أو إيقاع هو عدم منافاه الخيار بمفهوم العقد و عدم كونه مخالفا لعموم دليل ذلك العقد أو إطلاقه كما عرفت فى النكاح

بل و كونه موافقا للعموم أو الإطلاق الدال على صحه هذا العقد كما عرفت.

ثم انه ذكر المصنف عدم جريان الخيار فى المعاطاه

بدعوى ان المعاطاه إنما هى بالتراضى الفعلى و من الواضح ان الشرط الذكرى لا يرتبط بالتراضى الفعلى و هو واضح.

و لكن يرد عليه ان التراضى أمر قلبى و انما يحصل فى أفق النفس و يحصل ارتباط كل من الشرط و المشروط فى ذلك الصقع و انما المبرز مختلف و مع اختلاف يبرز شيئا واحدا فعدم ارتباط اجزاء المرز بعضها ببعض لا يستلزم عدم ارتباط بعض اجزاء المبرز بعضه ببعض و على الجمله فالبيع مثلا عباره عن إظهار ما فى النفس من الاعتبار بأى مبرز كان فكما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۸۹

لا يفرق فى كون أصل مبرزا المعتبر النفسانى بين اى مبرز و كذلك لا يفرق بين ما كان مبرز أصل الاعتبار النفسانى فعلا و بين ما كان مبرز ما يعتبر فى أصل المعتبر النفسانى من الشروط قولا كما هو واضح.

فما ذكره المصنف من عدم ربط الشرط القولى بالمراضاه الفعليه لا يمكن المساعده عليه فإنك قد عرفت ان المناط فى ارتباط الشرط بالمشروط هو فى عالم الاعتبار و اما فى عالم الإبراز فلا يلزم ربط جميع اجزاء المبرز بعضه ببعض و هذا واضح جدا كما لا يخفى فافهم.

(فى خيار الغبن) قوله

الرابع خيار الغبن:

اشاره

أقول: من جمله الخيارات الثابته فى المعاملات خيار الغبن و هو بمعنى الخديعه، و لكن تحقق خيار الغبن فى البيع و نحوه لا يتوقف على صدق الخديعه بل يجرى ذلك فى بعض الموارد مع عدم تحقق الخديعه كما إذا كان البائع و المشترى كلاهما جاهلين بالغبن اى التفاوت.

ثم انه انما يلاحظ الغبن بالنسبه الى جميع القيود و الشرائط التى اعتبرت فى العقد فإنه لا شبهه ان قيمه المبيع تختلف باعتبار الطوارى و

العوارض و القيود و الشروط و قد يكون ثمن شى ء خمسين دينار و يكون مع الشرط ثلثين دينارا فهذا التفاوت لا يكون غبنا و خديعه بداهه تفاوت القيمه بالخيار و عدمه نعم يلاحظ النقصان و الزياده بالنسبه إلى مجموع المبيع و الشروط و القيود و هو واضح.

ثم انه قد اعتبر الفقهاء رضوان اللّٰه عليهم شرطين فى تحقق الغبن

الأول: ان يكون المشترى جاهلا بالقيمه السوقيه و اشترى المبيع بأكثر ما يسوى فى السوق

و اما علم البائع فإنها هو شرط فى تحقق الخديعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۰

و الا فالغبن يتحقق بجهل المتبايعين أيضا ثم انه قد يكون الغبن فى الثمن فيشترط فيه جهل البائع بقيمه الثمن إذا كان من غير النقد و هذا نادر و الغالب هو الأول.

الشرط الثانى: ان يكون ما أخذه الغابن ما زياده القيمه بما يتسامح

كأن كانت قيمه العين خمسين دينارا فباعها من المشترى بمائه دينار فإنه لا شبهه فى تحقق الغبن هنا فإن الزياده ح ليس بما يتسامح و اما إذا كان الإقدام بالزياده بعلم من المتبايعين معا أو كانت الزياده بما يتسامح بأن باع ما يسوى بخمسين دينارا بأحد و خمسين دينار فإنه لا خيار للمشترى إذ لا يتحقق الغبن بزياده الدينار فيما يسوى بخمسين فى السوق و لعل هذا المقدار من التفاوت كان من جهه التفاوت فى الأسواق فإن قل متاع يكون قيمته فى جميع الأسواق و فى جميع الدكاكين واحده بل المتاع واحد تختلف قيمه بحسب الدكاكين و الأسواق مع كون المتاع واحد فى جميع الخصوصيات من حيث الجوده و نحوها كما لا يخفى، و نتعرض لوجه هذين الشرطين قريبا.

[فى أدله التى يذكر فى إثبات هذا الخيار و نفيه]

اشاره

ثم انه لا شبهه فى ثبوت هذا الخيار فى الجمله بل ادعى بعضهم الإجماع عليه، و لكن أنكر المحقق هذا الخيار لعدم كونه منصوصا

و قد استدل العلامه فى التذكره على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى إِلّٰا أَنْ تَكُونَ تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ

بـدعوى ان المعـامله الغبنيه ليست تجـاره عن تراض إذا علم المغبون بالحـال لم يرض بهـا أصـلا و حيث ان ما كان مفقودا اعنى التساوى فى الماليه انما هو وصف من أوصاف المبيع الـذى هو قيـد له و ليس من الأركان ففقـد انه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۱

و قد ناقش المصـنف فى ذلك صـغرى و كبرى أمّا الصغرى فلان كون العوضين متساويين فى الماليه ليس الا من قبيل الدّاعى و لا شبهه ان تخلف الدّاعى لا يوجب الخيار.

ثمّ نـاقش فى الكـبرى بـأنّه لـو سـلّمنا أن أخـذ ذلـك فى المـبيع على وجه التقييـد و لكن تخلفه لاـ يوجب الخيـار فـإنّه ليس من الأوصاف المذكوره فى ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه أصلا.

أما الأول فيرد عليه أن تخلف الدّاعى و ان كان لا يوجب الخيار أصـلا كما إذا اشترى متاعا بداعى الضّيافه فلم يفعل الضيافه فإن تخلفه لا يوجب الخيار أصـلا لكون الدواعى كلها غريبه عن العقد فتخلفها لا يسـتتبع شـيئا، و لكن المقام ليس كك إذ الدواعى هى تصور الغايـات ليبعث إلى إيجـاد العمـل فى الخـارج و لاـ يعقـل ان يكون ذلـك قيـدا فى العمـل الموجود فى الخيار و هـذا بخلاف المقام فان البناء على تساوى العوضـين فى الماليه مأخوذ فى العقـد أخذ وصـفا ضـمنيا فى العقد فيكون على وجه التقييد فإن تعين بين آدم موقوف على تبديل الأموال و بناء المتعاقدين على تساوى العوضين فى الماليه فيناط التبديل بالتساوى و

حیث کـان هـذا البناء نوعیا بحسب العرف و العاده جری نفس اجراء العقـد بین العوضـین مجری اشتراط تساویهما فی المالیه فلا یکون ذلک الا کالشرط المذکور صریحا و کیف یکون من قبیل الدواعی.

و اما ما ذکره من المناقشه فی الکبری من ان الشرط إذا لم یذکر فی متن العقد فلا یکون تخلفه موجبا للخیار ففیه ان عدم الذکر انما یوجب عدم الخیار مع التخلف إذا لم یکن فی حکم الذکر و اما إذا کان مأخوذا فیه ضـمنا و بالدلاله الالتزامیه فلا شـبهه فی انه بمنزله أخذه فی العقد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۲

صریحا.

و بعبـاره اخری ان الشـروط ابتـدائیه و ان لم تکن واجبه الوفـاء و لا یکون تخلفها موجبا للخیار و لکن إذا قامت قرینه علی اعتبار وصـف فی المـبیع و ان لم یکن مـذکورا فی متن العقـد فیکون ذلـک مثـل المـذکور و من الواضـح ان بنـاء العرف و العقلاـء و ارتکـازاتهم علی اعتبـار تسـاوی المالیه فی تبـدیل العوضـین و هـذا بمنزله الصـغری و حیث ان ذلک من المقومات للعقـد و من أرکانه کما إذا باع عبـد فظهر حرا أو باع ذهبا فظهر مـذهبا فیکون تخلفه موجبا للخیار و هـذا بمنزله الکبری فقـد ثبت ان تخلف الشروط الضمنیه موجب للخیار و من ذلک تساوی العوضین فی المالیه.

و قـد ثبت فی بعض الموارد ان تخلف الشـرط الضـمنی الـذی اعتبر فی العقـد بحسب الارتکاز و بالقرائن الحالیه یوجب بالخیار منها اعتبار نقد البلد فلو باع و اعطی المشتری غیر نقد البلد ثبت للبائع خیار تخلف الشـرط الضـمنی. و منها اعتبار التسـلیم فلو لم یسلم المشتری إلا فی وقت یشاء نفسه فلم یشک احد ثبوت الخیار

للبائع و ليس للمشترى ان يقول ان العقد لازم لدليل الوفاء به و نعطى الثمن فى أى وقت نريد و نظائر ذلک كثيره فى الفقه و قد اعترف المصنف به أيضا و على هذا فما ذكره العلامه فى غايه الجوده و المتانه مع قطع النظر عن الآيه أيضا.

و الحاصل ان مقتضى بناء العقلاء و ارتكازاتهم هو تساوى الماليه فى العوضين بحسب العاده و لو كان التفاوت فى ذلک لا بد و ان يكون مما يتسامح و يكون اعتبار التساوى فى الماليه مشروطا فى ضمن العقد و منوطا به و هذا مما لا شبهه فيه بحسب الصغرى و اما الكبرى فهو ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الضمنى و الذى يكون دليلا على ثبوت خيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۳

الغبن هذا ليس الا كما لا يخفى.

و قد استدل على مشروعيه خيار الغبن و ثبوته بأيه النهى عن الكل المال بالباطل بوجهين

الأول: ما ذكره المصنف

و حاصله ان المعامله التى وقع فيها غبن قد لا- يلحق بها العلم بالتبين و لم يظهر الغبن فيها بعد و قد تبين الغبن فيها و هو على قسمين لانه قد يكون التبين قبل الرضا بالعقد و قد يكون التبين فيها بعد الرضا بالعقد: اما إذا كان راضيا بالمعامله بعد تبين الغبن فلا شبهه فى صحه المعامله ح فإنه لا يكون فيها ما يمنع عن صحته و لا يكون أكلا للمال بالباطل لأنه تجاره عن تراض و اما إذا كان التبين قبل الرضا بالعقد فتكون المعامله أكلا للمال بالباطل إذا المشترى لم يرض بذلک فيكون أكلا للمال بالباطل و اما إذا كان قبل تبين الخدع فى المعامله فذكر ره ان مقتضى الآيه و إن كان حرمه الأكل حتى قبل التبين الا انه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع

المغبون و رده للمعامله.

أقول يرد عليه أولا-ان مقتضى التمسک بالآيه فى المقام هو بطلان العقد و انفساخه بمجرد ظهور الغبن فيه من غير ان يثبت للمغبون خيار الفسخ فإنه بمجرد ظهور الغبن فيها قبل الرضا بذلک يشمل عليه قوله تعالى لاٰ تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ فيحكم ببطلانه لأن أكل المال بالباطل حرام وضعا و تكليفا و لا يحتاج بطلانه الى الفسخ مع ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا ان المغبون بعد ظهور الغبن فى المعامله مخير بين الفسخ و الإمضاء.

و ثانيا: انه لا-وجه لإخراج ما قبل تبين الخدع عن الآيه بالإجماع بحيث انه لو لا الإجماع كانت الآيه شامله له و لكن الإجماع أوجب-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۴

التخصيص و ذلک إذ بعد شمول الآيه بالمعامله و حكمها بكونها أكلا للمال بالباطل و حراما وضعا و تكليفا لا معنى للتخصيص فهل يتوهم احد ان أكل المال بالباطل حرام الا فى المورد الفلانى فإنه مع كونه أكلا للمال بالباطل جائز و هذا لم يلتزم به فقيه.

و ثالثا: انه لا يفرق فى شمول الآيه و حكمها بالبطلان بين ظهور الغبن و عدمه مع عدم الرضا بالمعامله الغبنيه اى على كل تقدير فإن الآيه إنما فصلت بين الأسباب الصحيحه و الأسباب الباطله و نهى عن المعامله بالأسباب الباطله و فصل بينهما كما مر مرارا و تكون الآيه ناظره إلى أسباب المعاملات، و عليه فلا يفرق فيه بين تبين الغبن قبل الرضا أو بعده ففى جميع الصور الثلثه يحكم بصحه المعامله لكون سببها تجاره عن تراض كما هو واضح. و من هنا ظهر انه لا معارضه بين حرمه الأكل بالباطل و بين تجاره عن تراض.

الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ

بأن

الرضـا الحاصل من المتعاملين بالمعامله حين إيجادها انما هو الرضا بمعنى الاسم المصـدرى الـذى له بقاء فيكون رضـى موجودا حدوثا و بقاء فما لم تبين الغبن تكون المعامله تجاره عن تراض و مشموله للمستثنى اعنى قوله تعالى إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً، من غير ان نحتاج فى تصـحيح ذلك الى الإجماع ليكون ذلك تخصـيصا و بعد ظهور الغبن مع عدم رضى المغبون بالعقد يكون مشمولا للمستثنى منه فيحكم بالبطلان و هذا معنى ثبوت الخيار للمغبون.

و فيه انه يرد عليه ما أوردناه أولا على المصـنف من ان لازم ذلك بطلان العقـد نفسه من غير ان يحتاج الى الفسخ أصـلا كما لا يخفى مع ان الفقهاء لم يلتزموا بذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۵

و ثانيا: ان المراد من التجاره هو المعنى المصـدر الذى وجود حدوثا دون المعنى الاسم المصدرى الذى له بقاء و الا فلازم ذلك ان يكون له الفسـخ فيمـا إذا ترقت القيمه السوقيه فـإن البـائع ليس براض يكون العين للمشترى بعـد ما ترقت القيمه كما إذا باعها بدينار ثم صارت بدينارين.

و قد استدل على ثبوت هذا الخيار أيضا بالنبوى الدال على ثبوت خيار الغبن للبائع

فيما اشترى فى تلقى الركبان و ليس ذلك الا من جهه الغبن و لا يفرق فى ذلك بين الموارد أصلا فورود الروايه هنا لا يدل على الاختصاص بعد القطع بان الخيار للغبن و ان المكارى صار و مغبونين لعلم المتلقين بالسعر و عدم علم المكارين به.

و لكن يرد عليه انه لم يثبت هـذا الحديث و لم يذكر فى الكتب المودعه للروايه و انما هو مذكور من طرف العامه فلا يعلم كونه روايه أصلا و عليه فلا يجبر ضعفه بالشهره لو قلنا بانجبار ضعف الخبر بالشهره كما لا يخفى.

و قد استدل أيضا بقوله (ص) لا ضرر و لإضرار فى الإسلام

بـل ذكر المصـنف ان أقوى ما يستدل به على ثبوت هـذا الخيار حـديث لا ضـرر و لا ضـرار فى الإسـلام بـدعوى ان لزوم هـذه المعامله و عـدم تسـلط المغبون على الفسخ ضـرر عليه و إضـرار به فيكون منفيا لان الشارع لم يحكم بحكم ضـررى أصـلا و لم يسوغ إضرار بعض المسلمين ببعض.

و لكن أشـكل عليه بوجهين الأـول: عن صـاحب الكفـايه بأن غايه ما اسـتدل عليه الروايه هو رفع اللزوم و اما ثبوت الخيار بحيث يكون للمغبون حق ثابت فى العقد فلا فلما ذا لا يكون الجواز هنا جواز حكميا نظير الجواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۶

فى الهبه و اما ثبوت الحق له بحيث يكون له حق الإسـقاط أو انتقاله إلى الورثه بعد الموت و نحو ذلك فلا يستفاد من الروايه و

الحاصل ان دليل نفى الضرر ناظر الى رفع اللزوم الذى نشأ منه الضرر منه و اما إثبات حق يترتب عليه حكمه فلا يتكلفه دليل نفى الضرر كما هو واضح و يكون الثابت خصوص الجواز الحكمى فقط نظير الجواز فى الهبه فلا يكون للمغبون حق

الاسقاط و حق المصالحه علیه و لا ینتقل الی الوارث.

و فیه انک قد عرفت مرارا انه لا فرق بین الجواز الحکمی و الجواز الحقی بل هما من جنس واحد و حقیقه واحده و قد جعلها الشارع لأحد المتعاقدین أو کلیهما فی موارد خاصه غایه الأمر قد اعطی السلطنه فی بعض الأحیان لأحدهما بحیث ترتب علیه جمیع آثار الحق الآدمی من الانتقال و النقل بأی نحو کان و لم یرتب علیه ذلک فی بعض الموارد کما فی الهبه، حیث انه لیس للواهب غیر حق الرجوع الی المتهب.

و علیه فان دلیل نفی الضرر انما رفع اللزوم الذی یلزم الضرر من قبله فیکون المرفوع من اللزوم مقدارا یرتفع به الضرر و ح فیکون الخیار فوریا عرفیا بحیث لو لم یعمل خیاره من الفسخ و الإمضاء لمسقط خیاره فیعلم من ذلک انه من الحقوق فیسقط بإسقاط ذی الخیار أیضا و دعوی ثبوت الجواز الذی یکون ثابتا إلی الأبد نظیر الجواز فی الهبه یحتاج إلی العنایه الزائده فلا دلاله فی دلیل نفی الضرر علیه.

و إذا ثبت کون الجواز الثابت هنا مما یکون اختیاره بید المغبون فله ان یصالح علیه بالمال، و اما انتقاله إلی الورثه فلا یتکفله دلیل نفی الضرر بل لا بد من مقدمه خارجیه لأن عدم انتقال مقدار من مال الموارث إلی الورثه لیس ضررا علیهم بل یقل نفعهم بذلک فلا یشمله دلیل نفی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۷

الضرر فنقول انه ورد فی بعض روایات الوصیه انه لا یجوز للمورث الإیصاء علی المال بأزید من الثلث لأنه إضرار للورثه فیعلم من ذلک ان الورثه وجود تنزیل للمورث و قائم مقامه فیکون الغبن علی المورث غبنا علی

الورثه فيكون الخيار الثابت له بدليل نفى الضرر ثابتا للورثه أيضا كما هو واضح.

و أيضا يرد على صاحب الكفايه ثانيا: انه إلا شبهه فى جواز المعامله إسقاط جميع الخيارات بأنه اقدام على المعامله على متاع على اى نحو كان فى الواقع بحيث لو كان المبيع يسوى فى الواقع بدينار و أقدم المشترى على شرائه بخمسين دينار على ان نحو كان فى الواقع بحيث غرضه نفس هذا الشى ء لا شبهه فى صحه هذه المعامله و عدم ثبوت الخيار له بوجه و أوضح من ذلك لو أقدم على ذلك مع العلم بأنه لا يسوى فى الواقع الا بدينار فإذا صح إسقاط الخيار فى الحدوث صح إسقاطه بقاء بالأولويه كما هو واضح لا يخفى.

و قد أجاب عن ذلك شيخنا الأستاذ بجواب آخر و هو انه لو كان اعتبار التساوى بين الأموال من الشروط الضمنيه فالاستدلال بلا ضرر فى محله لان مفاده ان الحكم الذى ينشأ منه الضرر مرفوع و الحكم بلزوم العقد مع عدم التزام المغبون بالغبن ضررى عليه لانه و ان جهل بالغبن و أقدم بما فيه الضرر الا انه حيث شرط التساوى فهو بالشرط يملك على المشروط عليه حقا فإذا تخلف الشرط يكون كسائر الشروط المتخلفه التى يوجب تخلفها أو تعذرها الخيار.

و اما لو كان اعتبار التساوى من الأمور البنائيه أو الدواعى التى لا إشاره فى العقد إليها بنحو من الأنحاء لا مطابقه و لا التزاما فلا وجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۸

للاستدلال بلا ضرر لإثبات الخيار فان الضرر لم ينشأ من حكم الشارع باللزوم بل انما نشأ من إقدام المشترى أو البائع بذلك و لو كان اقدامه عن جهل فإنه حيث تخيل التساوى

بين المالين فأقدم عليه فلا يكون ما اقدمه عليه مشمولا لدليل نفى الضرر فلو كان مجرد الجهل يكون اقدامه ضرريا لحكم بعدم الضمان بدليل نفى الضرر فيما لو أقدم احد على إتلاف مال غيره جهلا مع انه لا شبهه فى الضمان ح لأنه أقدم على إتلاف مال غيره فيكون ضامنا و الحاصل ان مجرد الجهل لا يكون مانعا عن كون الاقدام على الضرر عن ثبوت الضمان و سببا لشمول دليل نفى الضرر عليه فهو واضح.

و الجواب عن ذلك اما عن نقضه بباب الضمانات فهو أجنبى عن المقام فان دليل نفى الضرر لا يشمل ذلك فإنه على خلاف الامتنان فان شموله له يوجب الضرر على المالك و قد ذكرنا فى محله ان حديث لا ضرر لا يشمل الموارد التى على خلاف الامتنان كما ان بقيه أدله الرفع لا تشمل الموارد التى على خلاف الامتنان و هو واضح.

و على الجمله نفى الضرر عن المتلف لمال الغير غفله بحديث لا ضرر يوجب الضرر على المالك فيكون على خلاف الامتنان و قد حقق فى محله انه لا يشمل موارد خلاف الامتنان.

و اما المقام و لو قلنا بعدم الشرط الضمنى بكون القيمتين متساويتين و مع ذلك لا يوجب الاقدام على هذه المعامله التى معامله غبنيه إقدامه على الضرر حتى لا يثبت له خيار الغبن و ذلك لان المشترى مثلا إنما أقدم عليها باعتقاد ان قيمه العين متساويه مع الثمن و ان لم يكن التساوى فى القيمه مأخوذا فى ضمن العقد و عليه فلو لم يكن العقد لازما لم يتضرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۲۹۹

المغبون فيفسخ العقد و لكن حيث حكم الشارع بلزوم العقد فيأتى الضرر من قبل حكم

الشارع باللزوم و يكون مرتفعا بدليل نفى الضرر كما هو واضح.

و على الجمله فحيث ان المغبون إنما أقدم على المعامله باعتقاد التساوى مع عدم تساوى القيمتين فى الواقع فإلزامه على ذلك ضررى عليه فيكون مرفوعا بحديث لا ضرر.

ثم انه ناقش المصنف فى الحديث بأنه يمكن رفع الضرر من غير ثبوت الخيار بوجهين الأول: ان انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إذ يحتمل ان يتخير بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد غايه الأمر ثبوت الخيار للغابن لتبعض المال عليه و يكون ذلك مثل ما اختاره العلامه فى التذكره و احتمله فى القواعد من انه إذا ظهر كذب البائع مرابحه فى اخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشترى فإن مرجع هذا الى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشترى.

و يرد عليه انه لا وجه لكون المغبون مخيرا بين إمضاء العقد بكل الثمن و رده فى المقدار الزائد فإن الالتزام بالتقسيط انما يصح إذا أمكن الالتزام بالانحلال و يقال بكون البيع الواحد منحلا الى بيوع عديده كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاه مع الخنزير و كبيع مال نفسه مع مال غيره فان فى أمثال ذلك يلتزم بصحه البيع فيما يملك أو فى المملوك و ببطلانه فى ما لا يملك و غير المملوك غايه الأمر يثبت للمشترى خيار تبعض الصفقه لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى الماليه و الا فلا يلزم محذور أصلا و الوجه فيه هو ان البيع و ان كان واحدا و لكنه بحسب الحقيقه بيوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۰

متعدده حسب تعدد المبيع و هذا واضح.

و اما فى المقام لا يمكن ذلك لعدم الانحلال هنا حتى يلتزم برد بعضه و إمضاء بعضه الآخر لان المبيع هنا واحد و البيع واحد و قد وقع البيع على المثمن بثمن خاص و هو دينارين مثلا و قد كان ثمنه فى الواقع دينارا واحدا فلو التزمنا بما ذكره المصنف و قلنا بجواز رد التفاوت للزم القول بإمضاء الشارع غير ما أنشأه المتعاقدان فإن البائع أنشأ بيع ماله بدينارين فإمضاء الشارع ذلك بدينار واحد كما هو معنى رد التفاوت و إمضاء لما لم ينشأه البائع فلا يكون ما إمضاء منشئا و ما يكون منشئا ليس بممضى و كم فرق بين المقامين.

و اما ما ذكره من تنظير المقام ببيع المرابحه من انه مع كذب البائع من اخباره برأس المال بأن أخبر أنه دينار اخبار بربح نصف دينار فظهر انه كان نصف دينار فربح دينارا فأيضا لا يرتبط بالمقام و ذلك فان فى المقام قد إنشاء البيع على مبيع جعل ثمنه دينارين فالالتزام بكونه دينارا التزام يكون ما إنشاء الشارع غير منشأ كما عرفت و ليس كذلك فى بيع المرابحه فإن المعامله قد جرى على المتاع بثمن اشتراه البائع واقعا مع ربح معلوم فظهور كذب البائع فى اخباره برأس المال و جواز رجوع المشترى الى التفاوت لا يوجب الالتزام بكون الممضى غير المنشأ بل هو فى الحقيقه رجوع إلى الزائد من الثمن الذى أخذه البائع من المشترى.

و بعباره اخرى ان البيع فى بيع المرابحه انما وقع على الثمن الذى اشترى به البائع من شخص آخر مع ربح معلوم و هما ثمن من الواقع و تطبيقه على الزائد عن ذلك من جهه

كذب البائع فى اخباره فيكون نظير خطائه فى الاخبار فيكون ذلك من باب الخطاء فى التطبيق فلا يجوز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۱

رجوعه بالتفاوت هنا بالبيع أصلا نعم يكون المقام نظير بيع المرابحه لو قال البائع للمشترى انّما أبيعك هذا المتاع بالقيمه السّوقيه و هى دينارين مع كونها دينارا واحدا.

ثمّ انّه ذكر المصنف احتمالا آخر لعدم ثبوت الخيار بدليل نفى الضرر بدعوى أنه يمكن أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه الى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبه مستقله كما فى الإيضاح و جامع المقاصد.

و يرد عليه أنه لا ملزم لذلك فإنه بعد صحه البيع كما هو المشهور بل المجمع عليه حيث لم يستشكل أحد فى هذا البيع فبأى ملزم يغرم البائع فهل هنا موجب للضمان و الغرامه من اليد و الإتلاف غايه الأمر أن للمشترى مطالبه التفاوت من القيمه المتعارفه و أما قبل المطالبه فلا شى ء للبائع أن الغابن أصلا، افرض أن المغبون لم يلتفت بالغبن حتى مات فهل يتوهم أحد أن يكون البائع مشغول الذمه للمشترى المغبون أو يكون البيع باطلا و كيف كان فلا نعرف وجها للغرامه أصلا. و من هنا التزم الفخر و المحقق الثانى و شيخنا الأستاذ بكون المأخوذ هبه مستقله لعدم ارتباطه بالمعامله أصلا و على الجمله لا نعرف وجها لمنع التمسك بدليل نفى الضرر بشى ء من هذين الوجهين الذين ذكرهما المصنف.

و الذى ينبغى أن يقال أنه لو جاز التمسک بحديث

نفی الضـرر فلازمه بطلان العقـد لا ثبوت خیار الغبن و ذلک لان الضـرر انما یلزم من جهه الحکم بصـحه العقد و اللزوم انما هو لزوم الضرر لا أن الضرر یلزم من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۲

نـاحیه اللزوم و من الواضـح أن دلیـل نفی الضـرر انمـا هو نـاظر الی رفع الحکم الضـرری فقط و لا یکون ناظرا إلی إثبات الخیار بدعوی أن الضـرر یرتفع برفع اللزوم و ثبوت الخیار، فان حدیث لا ضـرر لا یتکفل بإثبات الحکم و انما هو یرفع الحکم الضرری و هو صحه العقد کما عرفت فیکون العقد باطلا.

و لکن ذلـک مخالف للإجماع و الضـروره فإنه لو کانت المعامله الغبنیه باطله لبان و ظهر کظهور حرمه الربا فان وجود الغبن فی المعاملات بین المسـلمین من الکـثره بمکـان مع أنه لم یسـمع من فقیه أن یلتزم بـذلک فیکون خروج المعـامله الغبنیه عن مورد الإجماع بالتخصیص.

علی أن حـدیث نفی الضـرر انمـا ورد فی مقـام الامتنان و من الواضـح أن شـموله فی المقام بحیث یحکم ببطلان المعامله الغبنیه خلاف الامتنـان لأنه ورد فی مقام الامتنان لجمیع الأمه و من الواضـح أنه علی خلاف الامتنان علی البائع فإن الحکم بکون هـذه المعامله باطله یوجب ضـرره و لو من جهه فوت المنفعه من کیسه فتکون هذه المعامله خارجه عن حدیث لا ضـرر تخصصا و هو واضح.

ثم انه استدل علی بطلان المعامله الغبنیه بجمله من الروایات الناهیه عن حرمه الغبن

و فی بعضها الغبن من السحت و قد ذکرها المصنف فی المتن.

و فیـه أن الظـاهر من غیر روایه عمـار المتضـمنه لکـون غبن المسترسـل سـحتا هـو التحریم التکلیفی فلا دلالـه فیهـا علی الحرمه الوضعیه و یمکن أن یراد منها حرمه الغبن بفتح الباء فیکون من الخیانه فی الرأی و المشاوره فإنه

من المحرمات فتكون مثل الروايات الداله على حرمه خيانه المؤمن.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۳

و أما روايه عمار فذكر المصنف أنها و ان كانت ظاهره فيما يتعلق بالأموال لكن يحتمل حينئذ أن يراد كون الغابن بمنزله أكل السحت فى استحقاق العقاب على أصل العمل و هى الخديعه فى أخذ المال و يحتمل أن يراد المقدار الذى يأخذه زائد على ما يستحقه بمنزله السحت فى الحرمه و الضمان و يحتمل اراده كون مجموع العوض المشتمل على الزياده بمنزله السحت فى تحريم الأكل فى صوره خاصه و هى إطلاق المغبون و رده للمعامله المغبون فيها ثم ذكر أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من المساواه للثالث و لكن ما ذكره المصنف من الحملين الأولين بعيد.

أقول: لا شبهه أن السحت يطلق على المال الحرم و على نفس الحرام أيضا فى اللغه و من الأول ما ورد فى الروايات الكثيره التى تقدمت فى المكاسب المحرمه كقولهم (ع) ثمن الخمر سحت و ثمن العذره سحت و أجور الفواجر سحت و السحت أقسام كثيره منها الرشوه و هكذا.

و من الواضح أن كون الغبن من السحت إنما يلائم المعنى الثانى أعنى نفس الحرام فإنه هو الفعل أعنى أخذ الزياده فى المعامله و يمكن أن يراد منه الغبن بفتح الباء فيكون المراد منه الخيانه أى الخيانه سحت و قد ورد النهى عن خيانه المؤمن فى روايات كثيره و كيف كان فتكون هذه الروايات كالروايات الأخرى فلا تكون لها خصوصيه.

قوله مسأله يشترط فى هذا الخيار أمران

اشاره

أقول: قد أشرنا فيما سبق إلى أنه يشترط فى خيار الغبن أمران

الأول جهل المغبون بالتفاوت

اشاره

و الثانى عدم كون التفاوت مما يتسامح أما الأول فلا شبهه فى أنه لا يثبت الخيار مع علم المغبون بتفاوت القيمه و كذا ما يقوم مقام العلم من الاطمئنان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۴

فإنه مع ذلك قد أقدم على الضرر و لا يثبت الخيار له مع اقدامه عليه من دون فرق فى ذلك بين ما إذا كان مدرك هذا الخيار هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى فإنهما ينتفيان مع الاقدام على المعامله مع العلم بالتفاوت.

و كـذلك لا شـبهه فى عـدم ثبوت الخيار له إذا لم يعلم بالتفاوت و لم يكن مطمئنا بعـدمه بل كان شاكا فيه و محتملا لـذلك و لكن يقـدم على المعامله على أى تقـدير بمعنى أنه يشترى المتاع سواء كانت قيمته متساويه للقيمه السوقيه أم لا بحيث لا يتسامح فإنه ح لا يثبت الخيار له إذ هو قـد أقـدم على الضرر على تقـدير تفاوت القيمه و ليس المراد من اقدامه على الضـرر اقدامه على المعـامله بـأن يقال: حيث ان المشترى قـد أقـدم على البيع فقـد أقـدم على الضـرر المتحقق فيه أيضا و ذلك لان الإقـدام بالبيع لا يسـتلزم الاقـدام على الضـرر لانه يمكن أن يقدم على البيع الخيارى فإذا شاهد الضـرر و الغبن فيه يفسخ المعامله بل المراد اقدامه على نفى الضـرر اى يقدم على المعامله على تقدير الضرر فيه كما إذا صرح بأنى أقدم على هذه المعامله بأى قيمه كان المبيع فى السوق و لو كان التفاوت بمقدار لا يتسامح فإنه لا يكون هنا أيضا خيار للمغبون من الأول مع ظهور الغبن أنه كان له

الخيار فيسقط و لا يفرق فى ذلك أيضا بين كون المدرک هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى.

و قد ذكرنا سابقا أن ثبوت الخيار فى موارد تخلف الشرط انما هو من جهه انتفاء الملتزم به حيث قلنا ان الوقوف على الالتزام من قبل المشروط له متوقف على وقوف المشروط عليه على التزامه بحيث لا يتخلف الملتزم به عن واقعه و إذا تخلف ثبت له الخيار و أما إذا لم يكن هنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۵

التزام و ملتزم بحيث يتوقف عليه التزام المشترى فلا- موضوع لتخلف الشرط أصلا فضلا عن ثبوت الخيار مع التخلف كما لا يخفى.

و فى المقام بعد ما فرضنا أن المشترى إنما أقدم على المعامله على اى نحو اتفق و بأى قيمه كان المبيع فى السوق فقد أقدم عليها مطلقا بلا توقف وقوفه عليها على تحقق الملتزم به من البائع فلا يكون هنا خيار من ناحيه التخلف إذ ليس هنا شرط ضمنى حتى يقع التخلف فيه و هو واضح هذا كله لا شبهه فيه و انما الكلام فى ثبوت الخيار و عدمه مع الشك فى عدم تساوى قيمه المبيع مع الثمن مع الظن الغير المعتبر بالتساوى مع عدم اقدامه على المعامله على اى تقدير بالمعنى الذى ذكرناه فهل يثبت الخيار حينئذ للمشترى أم لا الظاهر انه لا شبهه فى ثبوت الخيار فى جميع صور الشک من غير فرق بين كون المدرک هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى وفاقا للمصنف و لشيخنا الأستاذ.

و الوجه فى ذلك ان المشترى لم يقدم على الضرر حتى مع الظن بالتساوى بل معتمدا على الشرط الضمنى و هو تساوى العوضين فى القيمه و لذا ربما

يبنى على الفسخ مع ظهور عدم التساوى فالإقدام على المعامله مع ظن التساوى و الشك أو الاحتمال فى عدم التساوى يثبت له خيار الغبن مع الغبن سواء كان المدرک هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى.

بل الأمر كذلک مع الظن بالتفاوت إذا لم يكن الظن معتبرا فان ذلک كله لا يوجب انه قد أقدم على الضرر فإنه مع ذلک يحتمل عدم الضرر و يقدم عليه و عليه فالشرط الضمنى أعنى اشتراط تساوى العوضين فى الماليه موجود فيثبت الخيار مع التخلف و كذلک يجرى دليل لا ضرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۶

بناء على كونه دليل ذلک الخيار. و لا شبهه ان بناء العقلاء و ارتكازهم على هذا حتى من غير المتشرعه و لذا يثبت هذا الخيار فيما إذا عامل يهودى مع نصرانى فغبن أحدهما الآخر فإنه يثبت خيار الغبن فى ذلک فان بناء العقلاء كان موجودا على تساوى العوضين و ان لم يذكر صريحا فمع التخلف يثبت الخيار ما لم يقم دليل معتبر على خلاف بناء العقلاء و من الواضح ان الظن بالتفاوت أو احتماله أو الشک فيه لا يقاوم بناء العقلاء و لا يكون قرينه لرفع الشرط الضمنى و لا يصح اقدام هذا الشخص على الضرر بمجرد ظنه و شكه و وهمه و هو واضح لا شبهه فيه.

نعم قد يكون الاقدام على الفعل مع الشک و الاحتمال مصححا للوم و الذم بل الضامن و يحكم عليه بالمؤاخذه فى المحاكمات العرفيه فيما إذا كان الفعل مما اهتم الشارع بعدم وقوعه بحيث يكون المورد مورد الاحتياط لكثره اهتمام الشارع بالحفظ كما إذا رئى احد شبحا من بعيد و شک فى كونه إنسانا أو غير إنسان

أو احتمل كونه إنسانا فأرسل إليه بندقه فقتله فبان أنه إنسان محقون الدم فإنه يذم فى المحاكم العرفيه بلا شبهه بل يعزر لو لم يحد و يقتل قصاصا و يؤخذ منه الديه و كذا لو أوقع احد بالماء مزاحا بزعم انه ليس بعميق مع احتمال كونه عميقا يغرق الواقع فيه إذا لم يحسن السباحه و علم الموقع ان من أوقعه عليه لا يحسن السباحه فإنه لا شبهه فى كونه مؤاخذا ح فى المحاكم العرفيه و ان لم يؤخذ فى المحكمه الشرعيه نعم يترتب عليه حكم القتل الخطئى و الوجه فى ترتب الضرر على الاقدام مع الشك و الاحتمال فى أمثال ذلك كون الموارد مما اهتم الشارع بحفظه و كونه مما يجب فيه الاحتياط و لذا يترتب عليها الحكم مع الإقدام فى حال الشك أيضا و هذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۰۷

و الحاصل انه فرق بين المقام و بين الموارد المذكوره فان فى الموارد المذكوره قد تنجز الواقع فلا يجوز الاقدام عليها الا مع وجود المعذر و الحجه الشرعيه من الامارات و الأصول و الا فمجرد احتمال ترتب قتل النفس المحترمه على الفعل يتنجز التكليف و يحكم بعدم الجواز و هذا بخلاف المقام فان الواقع لم يتنجز فالشرط الضمنى موجود ما لم يقم دليل على رفع اليد فمقامنا عكس الموارد المذكوره حيث ان الاقدام على الضرر لا يتحقق الا مع قيام دليل شرعى عليه فإذا أقدم على معامله و لو مع ظن عدم التساوى لا يوجب ذلك رفع اليد عن الشرط الضمنى لعدم كون الظن حجه شرعيه.

ثم انه لو اعتقد المشترى عدم كون قيمه هذا المتاع مساويا مع – القيمه السوقيه و مع ذلک قد أقدم عليه و ظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده

اشاره

فهل يتحقق خيار الغبن فى ذلك أم لا فصور المسأله أربعه

الاولى ان يكون ما اعتقده من زياده بما يتسامح و مع ذلک أقدم عليه

و لم يعرض عنه لزعم عدم اتحاد قيمه الأمتعه فى الأسواق فإنه فلما يوجد شى ء تتحد قيمته فى الأسواق بل الدكاكين فى الأسواق مختلفه فإن بعض الناس يأخذ الربح الكثير و بعضهم يقنع بالقليل لقله مخارجه أو قله طمعه أو كثره منافعه و بعضهم لا يقنع بالقليل لعكس الأمور المذكوره فإذا عامل مع هذا الاعتقاد لعلمه هذا باختلاف قيم الأشياء فظهر التفاوت بأزيد مما اعتقده بما لا يتسامح بان اشترى شيئا بدينار مع اعتقاده بكون قيمته أقل من الدينار بدرهم و مع ذلك ظهر التفاوت بأربع مائه فلس و من الواضح ان الدرهم فى الدينار مما يتسامح و لكن الثلث مائه و خمسين مما لا يتسامح.

الصوره الثانيه: ان يعتقد التفاوت بما لا يتسامح

فظهر التفاوت

أزيد منه بما لا يتسامح أيضا كما إذا اعتقد ان قيمه المبيع عشره دنانير فى السوق و أقدم على شرائه بأربعه عشر دينار فظهر ان قيمته لا يسوى إلا سته دنانير فإنه لا شبهه فى ثبوت خيار الغبن فى هذين الصورتين بلا شبهه لان ما أقدم عليه من الضرر غير الضرر الذى لم يقدمه و من الواضح ان ما لم يقدمه ضرر غير متسامح فيوجب خيار الغبن و لا يفرق فى ذلك أيضا بين القول بان مدرك خيار الغبن هو الشرط الضمنى أو دليل نفى الضرر كما هو واضح.

الثالثه ان يقدم على ما يتسامح به فبان أزيد مما لا يتسامح بالمجموع منه

و من المعلوم و قد ذكر المصنف و شيخنا الأستاذ انه يثبت الخيار فى هذه الصوره أيضا فإن ما اقدمه المغبون و ان كان مما يتسامح كالدرهم فى الدينار و الوجه فيه ان ما اقدمه و ان كان مما يتسامح و به و لكن المجموع ليس مما يتسامح به و لم يقدم عليه المشترى فيكون التفاوت بذلك موجبا للخيار و بعباره اخرى ان ما اقدمه من الضرر الذى يتسامح به لم يلاحظ بشرط لا بحيث يلاحظ ما يظهر من التفاوت الذى لم يقدم عليه مما يتسامح أيضا بشرط لا و هكذا حتى يجرى عليه حكم ما يتسامح بل المراد مما أقدم عليه مما يتسامح يلاحظ لا بشرط فإذا انضم الى تفاوت آخر الذى لم يقدم عليه مع كونه مما يتسامح يكون المجموع مما لا يتسامح و هو ضرر لم يقدم عليه المغبون فيثبت له الخيار من غير فرق بين كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى كما هو واضح و لو لا ذلك للزوم عدم ثبوت

الخيار على هذا النحو.

الرابعه: الإقدام على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفردا

فذكر المصنف ثبوت الخيار هنا أيضا و لكن شيخنا الأستاذ قوى

عدم ثبوت فى هذه الصوره و ذكر انه لا يقاس على الصوره الأولى لأن فى الصوره الأولى موجب الخيار و هو المجموع لم يقدم عليه و ما أقدم عليه لم يكن موجبا للخيار و فى المقام أقدم على ما يوجبه و ما لم يقدمه لا يكون موجبا للخيار.

و لكن الظاهر ثبوت الخيار فى هذه الصوره أيضا و ذلك لان ما اقدمه مما لا يتسامح لا يوجب على اقدمه على كل مرتبه من الضرر و من الواضح ان المرتبه التى ظهرت بعد الاقدام مما لا يتسامح و ان كان التفاوت بين ما اقدمه و ما لم يقدمه مما يتسامح.

و بعباره أخرى بحيث يظهر وجه ثبوت الخيار هنا ان ظهور التفاوت بين ما اقدمه المتعامل و بين القيمه السوقيه لا يوجب الخيار بلا شبهه و هو واضح فالمراد من التفاوت مما يتسامح هو هذا اى ما يكون تفاوت قيمه المبيع مما أقدم عليها المشترى من القيمه السوقيه و اما فى غير المتسامح فالشرط الضمنى موجود بثبوت الخيار للمغبون و حيث انه أقدم على مرتبه من الضرر و هو لا يوجب الخيار و لكن لا يلزم منه الاقدام على مرتبه اخرى منه أيضا و ان كان التفاوت بين الضررين مما يتسامح فان التفاوت بما يتسامح انما يكون معفوا فى أصل ظهور التفاوت بين أصل قيمه المبيع و بين ما اقدمه المشترى لا بين ما اقدمه من الضرر و ما لم يقدمه فالشرط الضمنى باق على حاله فيثبت للمغبون الخيار.

ثم ان المراد من متساوى القيمه حال العقد أو

بعـده ذکر المصـنف ان المعتبر القیمه حـال العقـد فلو زادت بعـده و لو قبل اطلاع المغبون علی النقصان حین العقـد لم ینفع لأن الزیاده إنما حصلت فی ملکه و المعامله وقعت علی الغبن.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۰

ثم احتمل عـدم الخیار بـدعوی ان التـدارک حصل قبل الرد فلا یثبت المراد المشـروع لتـدارک الضـرر کما لو برء المعیوب قبل الاطلاـع علی عیبه بـل مهما زال العیب قبل العلم أو بعـده قبل الرد سـقط حق الرد ثم ذکر و أشـکل منه ما لو توقف الملک علی القبض فـارتفع الغبن قبله لاـن الملـک قـد انتقـل الیه ح من دون نقص فی قیمته نعم لو قلنـا بوجوب التقـابض بمجرد العقـد کما صرح به العلامه فی الصرف یثبت الخیار لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد فی مقابله الناقص.

أقول ان مـا احتمله المصـنف ثانیـا من عـدم ثبوت الخیـار فهو متین بنـاء علی کون مـدرک خیـار الغبن هو دلیل نفی الضـرر فی الإسـلام فإنه قد ارتفع بزیاده القیمه أو بنقصانها و بعده لا خیار لأحدهما کما هو واضح لارتفاع الضرر الذی یدور الحکم بثبوت الخیار مداره.

و بعباره اخری ان الحکم انما هو تابع لثبوت موضوعه فکلما ثبت الموضوع ثبت الحکم و الا فلا فاسـتمرار الحکم تابع لاسـتمرار الموضوع و حیث ان مدرک ثبوت خیار الغبن هو دلیل نفی الضـرر یقتضی دوران الحکم مدار الضرر وجودا و عدما فما دام هو موجود فیکون الخیـار ثابتـا و الا فیرتفع بارتفاعه سواء کان الارتفاع قبل العلم به أو بعـده ما لم یرد العقـد و لم یعمل خیاره و هو واضح فیما ذکره المصنف فی بیع الصرف و السلم مما اعتبر القبض فی حصول الملکیه إذ

لم يحصل الملک حتى يتحقق الضرر و يوجب ذلک شمول دليل الضرر عليه کما هو واضح الا على ما ذکره العلامه من وجوب الإقباض و هو کما ترى.

و اما إذا کان المدرک لخيار الغبن هو الشرط الضمنى کما هو الموافق للتحقيق فلا بد حينئذ و ان يلاحظ ان الشرط الذى اشترط فى

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۱

ضمن العقد أعنى تساوى القيمتين أى مقدار من التساوى من حيث الزمان فهل المراد منه التفاوت الموجب للخيار هو التفاوت المستمر أى يکون العوضين متفاوتين فى عمود الزمان و طوله بحيث لو حصل التساوى فى آن من الآنات لسقط الخيار أو المراد منه هو التفاوت حال القبض بحيث لا اعتبار بالتفاوت قبله أو بعده أو المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو التفاوت حال العقد کما هو الظاهر.

ان کان المراد من التفاوت الموجب لسقوط الخيار هو الشق الأول فلا شبهه فى سقوط الخيار فى أن زمان حصل التساوى بين العوضين من حيث القيمه لحصول الشرط الذى هو تساوى القيمتين فى أى وقت من الأوقات فى عمود الزمان و طوله و هو واضح و بعباره اخرى ان المتعاقدين انّما اشترطا التساوى بين العوضين فى الماليه فى أى وقت من الأوقات بحيث لو حصل ذلک و تحقق حال البيع أو بعده من أى وقت کان حصل الشرط و کفى ذلک فى صحه المعامله و أما لو لم يحصل ذلک بل کان التفاوت بين العوضين مستمرا إلى الأبد فهو يوجب الخيار کما هو واضح و لکن هذا مخالف للإجماع و الضروره و الارتکاز العقلائى و قد ادعى المصنف قيام الإجماع على عدم الاعتناء بالزياده و النقصان بعد العقد و هذا

الإجماع و ان كان يبعد كونه تعبديّا و لكنّه موافق للارتكاز و خلاف بناء العقلاء فان هذا الشرط الذى ذكرناه انّما هو بحسب بناء العقلاء فلا يثبت البناء فى مثل ذلك كما هو واضح.

و أما التفاوت حال التقابض بأن كان ما يوجب الخيار هو التفاوت حال القبض دون غيره فلا خيار لو كان التفاوت بعد ذلك أو قبله و هذا مناف لما ذكره المصنف فى الفرع الآتى من أنه لو ثبتت الزياده أو النقيصه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۲

بعد العقد فإنه لا عبره بما إجماعا كما فى التذكره فإن الظاهر أن الفرعين من واد واحد كما ذكره المصنف و بيان ذلك أنه إذا كان التفاوت الذى يوجب الخيار و هو التفاوت حال العقد بحيث يكون الشرط الضمنى هو التساوى حال العقد فيكون التفاوت عنده موجبا لتخلف الشرط و ثبوت الخيار بالتخلف فلازم ذلك ان لا يفيد حصول التساوى بعد العقد و لو كان ذلك عند القبض فلا يكون ذلك موجبا لسقوط خيار المغبون الثابت بتخلف شرط حين العقد و عليه فلا مجال لما ذكره المصنف من عدم ثبوت الخيار اى سقوط الخيار بالتدارك الحاصل بعد العقد سواء كان ذلك قبل العلم بالتفاوت أو بعده و هو واضح و ان كان المناط فى ثبوت الخيار هو التفاوت و التساوى حال القبض بحيث لو كان العوضان متفاوتين حال العقد و لكن حصل التساوى حال العقد أو كانا عند العقد متساويين و لكن حصل التفاوت حال القبض ثبت الخيار فى الثانى و ارتفع الخيار فى الأول كان لما ذكره المصنف فى الفرع الأول و هو ما كان العوضان عند العقد متفاوتين و حصل التساوى و بعد

ذلک وجه و لکنه مخالف لما ذکره بعد ذلک فی الفرع الثانی و هو حصول الزیاده و النقصان بعد العقد بان کان التساوی حین العقد حاصلا و حصلت الزیاده أو النقیصه بعد ذلک حیث قال لا عبره بهما إجماعا و کیف فلا یمکن التفریق بین الفرعین بل هما من واد واحد و علیه فلا وجه لما أسر به شیخنا الأستاذ من الفرق بین المقامین فراجع کلامه.

و الظاهر ان المناط فی الشرط الضمنی هو حال العقد و یتضح ذلک بضم احد الفرعین بالآخر و الإجماع الذی ذکره المصنف فی الفرع الثانی و ان لم یکن إجماعا تعبدیا لبعده کما هو واضح و لکنه موافق للارتکاز

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۳

کما ذکرناه آنفا فان بناء العقلاء و ارتکازهم انّما قام علی کون العوضین متساویین حال العقد و یتضح ذلک بملاحظه حال التجار حیث یربحون فی المعاملات أو یخسرون فیها بعد العقد و یغبن احد المتبایعین و یربح الآخر من غیر ان یدعی أحدهما الغبن و یدعی ثبوت الخیار لنفسه و لیس ذلک الا من جهه عدم ثبوت الخیار له و عدم بناء العقلاء و ارتکاز هم علی ذلک بعد العقد بل هو کذلک عند العقد.

و الحاصل انه ان کان المراد مما هو شرط فی ضمن العقد من اشتراط تساوی القیمتین هو التساوی المستمر أو التساوی حال العقد و هو مخالف للإجماع فإنه قائم علی عدم الاعتناء بالزیاده و النقصان بعد العقد فان الظاهر ان الفرعین من واد واحد فإنه لو کان التساوی المستمر شرطا أو التساوی حال القبض شرطا فحصلت الزیاده و النقصان بعد العقد یکون هذا داخلا تحت الإجماع بأنه لا اعتناء بالزیاده و

النقصان بعد العقد ای ما یحصل بعده فیکون داخلا تحت هذا الإجماع مع ان المصنف تسلم عدم الاعتناء بالثانی مدعیا الإجماع علیه و التزم بجوازه حتی تدارک الضرر فی الأول و قد عرفت عدم الفرق بینهما و لا یفرق فی ذلک بین کون المدرک هو دلیل نفی الضرر أو الشرط الضمنی العقدی و الظاهر ان المراد من التساوی و هو التساوی حال العقد و ما یوجب الخیار من التفاوت حاله و یدل علی ذلک ما هو المرتکز بین العقلاء و یتضح ذلک من ضم الفرع الثانی إلی الأول و ملاحظه عدم الفرق بینهما و ان ما ادعی علیه الإجماع فی الفرق الثانی هو الارتکاز إذ من البعید ان یکون المراد من ذلک الإجماع التعبدی و هو واضح.

و اما الوکیل فان کان وکیلا فی مجرّد إجراء الصیغه فهو خارج عن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۴

المقام فإنه لیس الا آله محضه و لیس له شأن ممّا یرجع الی البیع حتی یتکلّم فی ثبوت الخیار له و عدمه و انّما البائع هو الموکل بلسان الوکیل الذی یجری الصیغه کما هو واضح و قد تقدم تفصیل ذلک فی خیار المجلس و ان کان وکیلا فی أمر البیع أیضا بأن یکون وکیلا مفوضا فی البیع بحیث له ان یبیع المتاع من ای شخص شاء و کیف یشاء و لکن ینتهی أمد وکالته إلی تمامیه البیع و بعد ذلک لیس له وکاله و الظاهر انه لا یثبت له الخیار فی هذا الصوره أیضا لو ظهر غبن فی المعامله فإن الوکیل و ان کان بائعا حقیقه و لکن الخیار انما ثبت بدلیل الشرط الضمنی لمن کان مغبونا فی المعامله و

من الواضـح ان المغبون انّمـا هو الموكـل و ليس للوكيل بشـی ء من أمر البيع بعـد تماميه البيع فضـلا عن ان يكون مغبونا أو غير مغبون و امـا ثبوت خيـار المجلس لمثـل هـذا الوكيل فی خيار المجلس فإنما هو من جهه النّص الـدّال علی ان البيع بالخيار ما لم يفترق و من الواضح ان هذا القسم من الوكيل يصدق عليه البائع فلا يقاس بالمقام كما هو واضح.

نعم لو كـان وكيلاـ مفوضـا حتی بعـد البيع أيضـا بحيث يكون أمر البيع راجعـا اليه حتی بعـد البيع و يكون أمر المـال راجعـا اليه كالعامـل فی القراض مثلاـ فلاـ شـبهه فی ثبوت خيـار الغبن له ح بالشـرط الضـمن كما هو واضـح و اما الوكيل فی خصوص أمر الخيار بان يكون وكيلا فی اعمال الخيار الثابت للمغبون فهو أمر آخر غير ما نحن فيه و كلا منا فی ثبوت الخيار له ابتداء بالشرط الضمنی كما هو واضح.

ثم انه لو اطلع الموكل علی معامله الوكيل و يری انه يعامل بأقل من قيمه المثل فهل يكون اطلاعه تقريرا للبيع و لا يثبت الخيار له ح أم لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۵

فربمـا يظهر من المصـنف و غيره عـدمه و لكن الظـاهر انه ليس كـذلك و ذلـك لأـنه ان الوكيـل وكيلا عن الموكل بالبيع علی التساوی فقط دون غيره فلا شـبهه انه كان البيع ح فضوليّا لان الوكيل انّما هو وكيل فی مجرّد البيع مع تساوی العوضين دون غيره فإن أجاز الموكل صح البيع و الا فلا و ان كان وكيلا علی نحو الإطلاق فلا شـبهه فی ثبوت الخيار للموكل حيث ان اطلاعه علی المعامله لا يوجب سقوط الخيار فإن اطلاعه عليه

کاطلاعه على ان الوكيل يعامل معامله و شرط فيه الخيار للموكل غايه الأمر ان الاشتراط فى المقام ضمنى فهل اطلاع الموكل على إيجاب الوكيل معامله خياريه له يوجب سقوط خياره و هذا واضح جدا.

قوله ثمّ ان الجهل انّما يثبت باعتراف الغابن

أقول ان اعترف الغابن بالغبن أو ان المغبون اقام بينه عليه فلا شبهه فى ثبوت خيار الغبن ح و اما إذا لم يعترف الغابن بذلك أو لم يتمكن المغبون من اقامه البينه فهل لنا طريق إلى إثبات الخيار أم لا فشقوق المسأله ثلثه.

الأوّل ان يكون الاختلاف فى أصل زياده الثمن و نقصانها سواء المنشأ فى ذلك هو زياده الثمن و نقصانه أو الاختلاف فى التغير أو فى المكان أو فى زمان العقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على المتاع فى مكان فلانى الذى كانت القيمه فيه أقل من القيمه السوقيه و يقول الغابن بل وقع العقد عليه فى مكان فلانى فالقيمه فيه مساويه مع القيمه السوقيه فلا غبن فيه.

الثانى ان يكون الاختلاف فيه من جهه العلم و الجهل بان يدعى الغابن علم المغبون بالقيمه و ينكره المغبون مع الاتفاق بالتفاوت و هنا صوره ثالثه قد تعرض لها المصنف فى الأمر الثانى و ستتعرض لها هناك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۶

اما الاختلاف فى العلم و الجهل فقد ذكر المصنف وجهين فى ثبوت الخيار للمغبون.

الوجه الأول انّه مع الجهل بأن المشترى عالم بذلك أو غير عالم فالأصل عدم العلم فحيث ان الغبن ثابت بالوجدان فيكون عدم العلم أيضا ثابتا بالأصل فيتم موضوع الخيار للمغبون فيحكم بثبوت الخيار له و هو واضح.

الوجه الثانى ما ذكره فى أثناء كلامه من ان كون المشترى عالما بقيمه

المبيع أو غير عالم بها لا يعلم الّا من قبله فعليه و يعسر له إقامه البينه على ذلك اى على جهله مع انه لا يمكن للغابن أيضا الحلف على علم المغبون بالحال لجهل الغابن بالحال ثمّ أمر بالتأمل.

و يمكن المناقشه فى كلا الوجهين اما الثانى فباب المناقشه فيه واسع و ذلك إذ لا وجه لمنع انه لا يمكن إقامه البينه للمغبون على جهله فإنّه كسائر الأوصاف النفسانيه التى يمكن له إقامه البينه عليها و لو باعتبار آثارها و كذلك لا وجه لمنعه من حلف الغابن على علم المغبون بداهه انّه كثيرا ما يطلع عليه بالمجالسه و الممارسه كما هو واضح على انه لا وجه لهذه الكبرى اى ان كل ما يعسر إقامه البينه عليه فيقبل من المدعى إذ لا دليل عليه بوجه أصلا كما سيأتى.

و اما الوجه الأول فأصاله عدم العلم لا فائده لها إذ العلم أو الجهل ليسا موضوعين للخيار و عدمه فلو بدّل أصاله عدم العلم بأصاله عدم الاقدام على الضرر لكان حسنا فان الضرر انّما هو موضوع الخيار فالإقدام مزيل له فأصاله عدم الاقدام على الضرر يثبت موضوع الخيار إذا الجزء الآخر و هو الغبن محرز بالوجدان و اما العلم و الجهل فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۷

يترتب عليهما الأثر بوجه الّا من جهه ان العلم من مقدمات عدم الاقدام على الضرر و الجهل من مقدمات الاقدام على الضرر و لا يكون أصاله عدم الاقدام على الضرر مثبتا و توضيح ذلك ان الشرط الضمنى موجود فى كل معامله بتساوى القيمتين سواء كانا ملتفتين بذلك أم لا و قد جرت المعامله على الأشياء بهذا الشرط و إذا شككنا فى ان المغبون

هل أقـدم على المعامله مع العلم بعـدم التساوى بحيث يكون اقدامه على الضـرر مزيلا لهذا الشـرط فالأصل عدمه اى عدم اقدامه على ذلـك فيكون الشـرط باقيـا على حـاله مع كون الضـرر وجـدانيا فلاـ يترتب ثبوت الشـرط على الأصل بل الشـرط ثابت ببناء العقلاء (على انا نشك فى اعتبار الملكيه بعد الفسخ للغابن فالأصل عدمه الّا ان يعارض بمثله و تحقيق الكلام فى الاستصحاب).

و على الجمله هـذا الـذى أفـاده المصـنف قـدس سـرّه متين لو بـدل أصاله عـدم العلم بأصاله عـدم الإقـدام فإن عـدم العلم ليس موضوعا للخيار بل الموضوع هو الضـرر مع عـدم اقدامه عليه اى مقيدا بذلك فلا شـبهه ان الضـرر محرز بالوجدان و القيد محرز بالأصل فيثبت الحكم و هو الخيار للمغبون بالأصل الموضوعى الحاكم على أصاله اللزوم.

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبره و الّا فالظاهر عدم الاعتناء

بقوله فإنه لا معنى لكونه أهل الخبره

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۶، ص: ۳۱۷

و مع ذلك يـدعى الجهل بالقيمه فإنه يرجع الى التناقض أو يكون دعواه غير عقلائى أصـلا فإن مقتض الظاهر من كونه من أهل الخبره هو صـدور المعـامله منه عن علم فـان دعوى كونه جاهلاـ بـالقيمه نظير ان يـدعى أحـد ليس له مال و لا صـنعه بل يتعيش التسؤل ان لى على ذمه فلان خمسين ألف دينار فإنه لا يسمع منه أصلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۸

و لاـ يترتب عليه أثر التـداعى و المحـاكمه الا ان يـدعى الغفله على ذلك و كان دعواه الغفله عقلائيا فإنّه حينئـذ يسـمع دعواه و لكن يكون قوله مخالفا للظاهر و يكون مدعيا لذلك

فان الظاهر ان المعامله قـد صـدرت منه فى غير حال الغفله و انه أقـدم على الغبن عن علم لكونه من أهل الخبره كما هو واضح و على هـذا فلا بدّ له من اقامه البيّنه على ذلك أو يحلف الآخر بأنه لا يعلم بكونه عافلا بالقيمه حال العقد أو انه كان غير غافل عن ذلك ان كان يعلم انه لم يكن غافلا عن القيمه حال العقد.

و قد يتوهم انه إذا ادعى الغفله يسمع دعواه فان ما لا يعلم الّا من قبله فيسمع دعواه فيه.

و قـد أجاب عنه المصـنف بما فيه من الخلط بين الكبريين إحداهما دعوى قبول قول المدعى فيما يتعسـر عليه إقامه البينه و الثانيه دعوى قبول قول المـدعى فيمـا لاـ يعلم الا من قبله و نقض عليه بان هـذا يسـتلزم قبول دعوى مـدعى الفساد مع تعسـر إقامه البينه عليه.

امـا الكبرى الاـولى فلاـ دليل عليه أصـلا و الا فيلتزم ان يقبل قول كل من يـدعى شـيئا و لكن على نحو يتعسـر عليه إقامه البينه و حينئذ فيلزم تأسيس فقه جديد على ان اليمين للمنكر دون المدعى و اما الكبرى الثانيه فلم يثبت إلا فى موارد خاصه اعنى دعوى المرأه كونها حاملا أو حائضا أو طاهره و انها خرجت عن العـده و اما فى غيره هـذه الموارد فلا دليل عليه بوجه على انا لو سـلّمنا صـدق الكبريين فلا نسـلم كون المقام منهما أو من أحدهما فإنه لا يتعسـر إقامه المدعى البينه على غفلته حيث انه يقم البينه على انه كان مشـغولا بأمور أخر أو كان مصابا من جهات قـد وقع من اختلال الأفكار و لم يـدر انه اى شـى ء فعل و كذلك لا نسـلم كون المقام

مما لا يعلم الّا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۱۹

من قبله.

و بالجمله فاصل الغفله و ان كان امرا نفسيا لا يعلم الا من قبل الشخص و لكنها معلومه للغير أيضا بحسب الآثار كسائر الملكات و الافعال و الصفات النفسانيه كالعداله و العلم و نحوهما.

و هذا لا شبهه فيه و اين هذا مما يتعسر عليه إقامه البينه أو لا يعلم الا من قبله.

و اما إذا كان الاختلاف فى زياده القيمه و نقصانها و كان منشئه أى أمر من الأمور المذكوره من الزمان أو المكان أو التغير فنقول قد يكون الاختلاف فى زياده الثمن و نقصانه من حيث الاختلاف فى أصل قيمه الشى ء مع اتفاقهما على ما وقع عليه العقد كما إذا اتفقا على ان العقد وقع على خمسين و لكن يدعى المشترى ان قيمته ثلثين فحصل فيه المغبن و يدعى البائع ان قيمته خمسين فلا غبن فيه مع اتفاقهما على ان العقد قد وقع على خمسين.

و هذا يكثر وقوعه فى الأشياء التى يقل وجودها فى السوق بحيث تخفى قيمته على المتبايعين كالجواهر و نحوها و الا فيعرضون المتاع للسوق و يكشفون عن قيمتها.

الصوره الثانيه: ان يكون الاختلاف فيما وقع على المعقد بان يدعى المغبون ان العقد قد وقع على خمسه و عشرين و العين تساوى عشره فله حق الفسخ فيفسخ العقد فى خمسه و عشرين و اما العشره فلم يقع عليه العقد و يدعى البائع ان العقد قد وقع على عشره فلا غبن حتى يثبت للمشترى خيار الغبن.

الصوره الثالثه ان يكون النزاع فى التغير و عدمه بان يدعى أحدهما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۰

من الغابن أو المغبون التغير و يدعى الأخر عدمه و

هذه الصوره الثالثه تنحل الى ثلثه أقسام: الأول ان يتفقا على ان قيمه العين كانت عشره قبل وقوع العقد عليه و قد اشتراه المشترى بثلاثين أو كان القيمه قبل العقد ثلثين و قد باعه من شخص بعشرين فالغابن فى الشق الأول يدعى التغير و كون القيمه حال وقوع العقد على العين بثلثين دينارا و فى الثانى يدعى التغير و هو المشترى و يقول ان القيمه تغيرت و كانت عند وقوع العقد على العين بعشرين و لو كانت قبله ثلثين.

الثانى ان يقع الاختلاف فى حال وقوع العقد على المبيع مع اتفاقهما على القيمه الفعليه بان يدعى البائع ان المبيع حال العقد يسوى عشره و انما تنزلت قيمته فعلا و صارت ثمانيه فلا غبن لكون التغير فى ملك المشترى و الحاصل ان البائع يدعى التغير و المشترى يدعى عدم التغير و كون المبيع فى حال وقوع العقد عليه يسوى بثمانيه فالمعامله غبنيه فله الخيار.

الثالث: ان تكون قيمه العين قبل وقوع العقد عليها عشرين و بعده أيضا كذلك و لكن يدعى البائع انها لم تتغير و انما وقع العقد على العين حال كون قيمتها عشرين كما انها تساوى عشرين بالفعل فيكون مغبونا و يدعى المشترى ان قيمتها و ان كانت قبل وقوع العقد عليها تساوى عشرين و كذلك بعده و لكن تغيرت عند وقوع العقد عليها و كانت تساوى بعشره فليس هنا غبن و قد ادعى المصنف فى جميع هذه الصور كما هو مقتضى إطلاق كلامه لزوم العقد لوجهين الأول أصاله عدم التغير و انه موافق للزوم و مرادف له.

و فيه أولا انه لا يثبت الخيار الا على القول بالأصل المثبت فان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۱

عدم التغير ليس موضوعا للخيار كما هو واضح على أنه لا يعتم أصل عدم التغير جميع صور الاختلاف فان فى الصوره الاولى اعنى ما كان الاختلاف فى أصل القيمه و فى الصوره الثانيه أعنى ما كان الاختلاف فيما وقع عليه العقد ليس الاختلاف و النزاع فى التغير و عدمه حتى نجرى فيه أصاله عدم التغير بل فيما وقع عليه العقد كما هو واضح.

و ثانيا أن أصاله عدم التغير ليس موافقا للزوم العقد دائما بل قد يكون مفاده ثبوت الخيار مع قطع النظر عن المثبته كما عرفت فى الشق الأول و الثانى و هو واضح.

الوجه الثانى ممّا استدل المصنف على اللزوم هو أصاله اللزوم و فيه ان كان المراد من ذلك اللزوم و المستفاد من أدله اللزوم من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحل اللّه البيع و تجاره عن تراض و غير ذلك من أدله اللزوم فلا شبهه فى عدم صحه ذلك فإنه قد خصصت تلك العمومات و نشك فى أن الفرد المشكوك من الخارج أن من الباقى تحت العام و من الواضح أن إثبات اللزوم فيه من قبيل التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه فلا يجوز و ان كان المراد منه الأصل الحكمى أعنى استصحاب بقاء الملكيه بعد الفسخ بحيث تكون النتيجه هى اللزوم و هو و ان كان له وجه بناء على جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه و لكن يمكن المناقشه فيه أيضا من جهه أن الشك فى ان الملكيه المجعوله انما هى محدوده بما بعد الفسخ أو مطلق لا يرفعه الفسخ فلا يكون الاستصحاب جاريا للشك فى أصل الجعل فيكون معارضا بأصاله عدم الجعل و على الجمله فلا وجه لجريان الاستصحاب أى أصاله اللزوم هنا.

و التحقيق

أن يقال: أن المراد من الشرط الضمنى فى المعامله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۲

الذى عليه يدور خيار الغبن وجودا و عدما ان كان هو تساوى القيمه أى تساوى الثمن و المثمن فحينئذ يكون الشرط عنوانا وجودا فلا شبهه فى أنه كلما شككنا فى هذا العنوان الوجودى فالأصل عدمه فتكون النتيجه هو الخيار لعدم حصول الشرط فى جميع تلك الصور المتقدمه كما هو واضح.

و ان كان المراد من الشرط هو عدم الخديعه و أن لا يخدع كل منهما الآخر و أن لا تكون القيمه زائده عن القيمه السوقيه و أن لا يشترى المشترى بأقل من القيمه السوقيه بحيث يكون الشرط عنوانا عدميا فح لا شبهه فى كون الأصل الجارى هنا موافقا للزوم العقد فإن أصاله عدم الزياده عن القيمه السوقيه و أصاله عدم النقيصه هى أصل العدم الأزلى يوافق لزوم العقد فيكون الأصل الجارى ح موافق للزوم العقد كما هو واضح و يؤيد إطلاق القوم خيار الغبن على ذلك فإنه يلازم كون الشرط هو عدم الخديعه و بعباره أخرى كلما شككنا فى الزياده أو النقيصه فأصاله عدم الأزلى تحكم بعدمه فلا يترتب عليه محذور أصلا فيكون مفاد هذا الأصل موافقا للزوم العقد كما هو واضح و هذا من جمله الثمرات بين كون دليل خيار الغبن هو دليل نفى الضرر أو الشرط الضمنى و هذه نعمه الثمره.

الأمر الثانى: أن يكون التفاوت فاحشا

و هذا الشرط مما لا ريب فيه فإنه لا شبهه فى تفاوت قيمه الأشياء بحسب الأسواق بل بحسب الدكاكين حتى الشى ء الواحد و لو كان مطلق التفاوت موجبا للغبن لم تبق معامله الّا و يكون فيه الغبن و لذا قيّدوا التفاوت بكونه ممّا لا يتسامح.

و انّما الكلام فى

تعیین حدّ ما یتسامح فیه و ما لا یتسامح فعن بعض العامه أن التفاوت بالثلث ممّا یتسامح فیه و أشکل علیه المصنف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۳

بان التفاوت بهذا المقدار ممّا لا یتسامح فیه قطعا بل التفاوت بالربع بل بالخمس أیضا ممّا لا یتسامح فیه و سکت عن التفاوت بما فوق الخمس أقول الظاهر أن ذلک یختلف باختلاف المعاملات فإنه قد یکون التفاوت بالخمس مما یتسامح فیه بل یکون التفاوت بأقل منه أیضا ممّا یتسامح فیه کما إذا کانت المعامله فی المحقرات کأن اشتری خضره من الخضراوات بخمس أفلس مع أنه یساوی بأربعه أفلس أو ثلثه و نصف فإنه لا یعتنی علی ذلک فی العرف و لا یقال انه معامله غبنیه و قد یکون التفاوت بالخمس بل العشر بل المائه غبنا کما إذا باع ما یساوی أربعه آلاف بخمسه آلاف أو باع ما یساوی مائه ملیون بمائه و واحد ملیون فإنه لا شبهه فی کون المعامله حینئذ غبنیه.

نعم الواحد فی ألف لا یکون غبنا قطعا و علی الجمله قد یکون التفاوت غبنا بلا شبهه و قد لا یکون غبنا بلا شبهه لکونه مما یتسامح فیه و قد یشک فی کونه غبنا و عدم کونه غبنا و لا بدّ و أن یلاحظ فی أن مقتضی القاعده حینئذ أی شی ء یقتضی.

و قد یقال کما عن شیخنا الأستاذ إذا کان الشک فی المصداق فلا یمکن التمسک بقاعده نفی الضرر لان التخصیص و ان کان لبیا اعنی بناء العقلاء علی عدم الاعتناء بضرر یتسامح فیه و وقع الاقدام علیه الا أن الخارج إذا کان عنوانا کلیّا کخروج ید المحسن عن قاعده علی الید یکون للبی کاللفظی فی

عدم جواز التمسک بعموم العلم فی الشبهه المصداقیه.

و لکن یرد علیه أن هـذا الکلام انّما یجری فیما إذا کان هنا خارج معلوم و لکن یشک فی أن المشکوک من الخارج أو من الافراد الباقیه تحت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۴

العام و أما المقام فأجنبی عن ذلک فان الضرر له مراتب فیصدق علیها علی نحو التشکیل فمرتبه منها خارج قطعا و هی ما أقدم علیها المتبایعان و الباقی مشکوک فیتمسک بإطلاق الدلیل کما هو واضح فالمقام لا ربط له بالشبهه المصداقیه أصلا و ذکر المصنف أو لا أن المرجع فی ذلک أولا هو أصاله ثبوت الخیار لانه ضرر لم یعلم تسامح الناس فیه فان الخارج من دلیل لا ضرر هو الضرر الذی یتسامح و أما ما یشک فی کونه مما یتسامح أو لا فیبقی تحت الإطلاق. ثمّ عدم عن ذلک و وجه اللزوم و ذکر أنه یحتمل الرّجوع الی أصاله اللزوم لان الخارج هو الضرر الذی یناقشون فیه و لا یکون موردا للتسامح بل یعد ضررا عند العقلاء و أما فی غیر فیشک فی خروجه عن تحت الأدله الداله علی لزوم العقد و عدمه فیرجع الی العمومات لعدم ثبوت مخصص هنا لیرفع الید عن العمومات کما لا یخفی.

أقول ان کان دلیل خیار الغبن هو دلیل نفی الضرر فلا بدّ من اختیار الوجه الأول فلا مسوغ له لرفع الید عن الأول و المیل الی الثانی و ذلک فان المخصص للعمومات الداله علی لزوم العقد حینئذ هو دلیل نفی الضرر و هو دلیل لفظی یتمسک بإطلاقه فی کل مورد یصدق فیه الضرر إلا إذا ثبت التخصیص و من الواضح أن التخصیص انما هو اقدام المغبون بالضرر

فیرفع الید عنه بالمقدار الذی ثبت فیه الاقدام و فی البقیه یرجع الی دلیل نفی الضرر حتی لو لم یکن دلیل علی خروج الضرر الذی یتسامح فیه أو أقدم علیه المغبون لشمله إطلاق دلیل نفی الضرر و لکن خرج ذلک ببناء العقلاء ففی غیره نرجع إلی الإطلاق.

و توهم أن التمسک فی المورد المشکوک بدلیل نفی الضرر تمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه قد تقدم جوابه کما هو واضح و لکن قد عرفت أن دلیل نفی الضرر لا یکون دلیلا لخیار الغبن کما لا یخفی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۵

و أما إذا کان الدلیل لخیار الغبن هو الشرط الضمنی و بناء العقلاء علی أن المعامله مشروط بتساوی القیمتین فلو زاد الثمن علی قیمه المثمن أو زادت قیمه المثمن علی الثمن ثبت الخیار للآخر کما هو واضح.

و علیه فما ذکره من أصاله اللزوم هو المتبع و الوجه فی ذلک أن المعامله انما وقعت علی المبیع مطلقا من غیر تقیید بقید بحسب اللفظ فمقتضی الإطلاق فی مقام الثبوت هو عدم تقیدها بقید و بحسب تبعیه مقام الثبوت و نفس الأمر لمقام الإثبات نکشف الإطلاق فی مقام الثبوت أیضا فنحکم بکون العقد مطلقا فیکون مشمولا لأدله اللزوم و لیس فی المقام شی ء یصلح للقرینیه إلا ما نذکره و لیس أزید من ذلک شی ء یصلح للقرینیه نعم قد ثبت التقیید بحسب الارتکاز و بناء العقلاء لبّا فی صوره عدم تساوی القیمتین علی نحو لا یتسامح فإنه قامت السیره القطعیه علی اعتبار التساوی بین القیمتین و مع التخلف علی نحو لا یتسامح الذی مورد الشرط قطعا یثبت الخیار للمغبون و أما فی غیر هذه الصوره لیس هنا دلیل لفظی نتمسک به

و نحكم بثبوت الخيار بل لا بدّ من أخذ إطلاق الكلام فى المعامله و التمسک بأدله اللزوم كما هو واضح و هذا هو الصحيح فى المقام كما لا يخفى.

قوله بقى هنا شى ء [و هو الفرق بين الضرر الشخصى و النوعى]

و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم

أقول قد ذكر المصنف بما حاصل كلامه أن دليل رفع الضرر فى الإسلام انما هو دليل واحد يشمل على أفراده على نسق واحد سواء كان المورد من المعاملات أو من العبادات و على هذا فما الفارق بين المعاملات حيث ان الفقهاء رضوان اللّه عليهم ذكروا فى باب المعاملات ان الضرر نوعى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۶

فيلاحظ فيه نوع الناس مع قطع النظر عن ملاحظه حال الناس و لكن فى باب العبادات ذكروا أنه شخصى فيلاحظ فيه حال الأشخاص. و بعباره أخرى ذكروا أن المناط فى باب المعاملات هو ملاحظه الضرر بالنسبه إلى المال بحيث يصدق عليه أنه ضرر مالى و لذا إذا تحقق فى مورد ثبت عليه حكمه سواء تضرر به صاحب المال أو لم يتضرر بأضعاف مقابله من المضرات و لكن المناط فى باب العبادات حال الأشخاص و لذا ذكروا أنه كان شراء ماء الوضوء لا يضر على حال شخص لا يرتفع و ان كان هنا ضرر مالى و بلغ ما بلغ و أما إذا كان مضرا لشخص فإنه يرتفع بدليل نفى الضرر و ما الفارق بين المقامين و كذلك الحال فى دليل نفى الحرج.

أقول و الذى ينبغى أن يقال أن نفى الضرر و نفى الحرج كسائر الأحكام تابع لموضوعهما ففى كل مورد تحقق ضرر أو حرج ثبت نفى الحرج و الضرر كما هو الحال فى سائر بالأحكام الثابته على الموضوعات على عنوان القضيه الحقيقه كما أن

بقيه الأحكام تدور مدار ثبوت الموضوع و عدمه نفيا و إثباتا و يلاحظ بحسب حال كل شخص شخص و هكذا الضرر و الحرج و نفيهما فأدله نفى الضرر و نفى الحرج ناظره إلى نفى الحرج و الضرر عن الموضوعات المحققه مثلا قد ورد فى الشريعه أنه إذا زالت الشمس وجب الظهران و من الواضح أن هذا حكم كلى ثابت بعنوان القضيه الحقيقيه و يلاحظ بالنسبه الى كل شخص لكونه موضوعا لهذا الحكم فزوال كل شخص يلاحظ بالنسبه فأى شخص أدرك الزوال صار موضوعا لوجوب الصلاه مع دركه بقيه الشرائط فيلاحظ زواله بالنسبه اليه و لا يقال زال أى نقطه من النقاط بالنسبه إليه بحيث إذا تحقق فى نقطه وجب الظهران على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۷

شخص و ان لم يكن فى هذه النقطه بل فى نقطه كانت ليلا حين الزوال فى تلك النقطه كما هو واضح. و على هذا فدليل نفى الحرج و الضرر حكمان وارد ان على موضوع مقدار الوجود أى بعنوان قضيه الحقيقيه ففى أى مورد تحقق الضرر فى أى نحو كان سواء كان ماليّا أو عرضيا أو نفسيّا أو غير ذلك لشمله حكمه سواء كان المورد عباده أم معامله فان الضرر المالى أيضا ضرر فلا وجه أصلا لملاحظه الضرر و الحرج نوعيّا بل لا أساس له و انّما هما كبقيه القضايا الحقيقيه كما هو واضح و عليه فلا يفرق بين المعاملات و العبادات أصلا نعم قد يكون نفس الضرر و الحرج موضوعا للحكم أو حكمه للتشريع كما ان اختلاط المياه حكمه لتشريع العده و هو مطلب آخر غير مربوط بنفس لا ضرر و لا حرج الذين كبقيه الأحكام الشرعيه كما

هو واضح و هذا كما فى قوله (ص) لو لا أشق على أمتى لا مرتهم بالسواك و لو لم يكن حرج على الأمه لحكم بنجاسه الحديد، و أما ملاحظه الضرر بحسب الأحوال فى باب الوضوء فهو بنص خاص فى باب الوضوء و أنه لا بدّ و أن يشترى الماء للوضوء و ان بلغ ما بلغ الّا أن يكون مضرا بحاله بحيث له عيال يموتون جياعا لو اعطى ماله و أخذ ماء للوضوء و يكون الضرر مجحفا عليه أى لا يبقى له مال يمون به عياله فباب الوضوء انما خصص لهذا النص الخاص و من هنا يلتزم الفقهاء رضوان اللّه عليهم بذلك فى غير باب الوضوء من العبادات كما إذا صلى فى مكان فلانى لسرق السارق ماله فافهم و هكذا.

ثمّ انه ذكر المصنف فى آخر كلامه أنه يمكن الالتزام بعدم الضرر أصلا فى باب العبادات لان ما يصل اليه من الأجر أعظم مما يفوت عنه من المال و قد وقع فى مقابل ماله أجر كما أنه لا يقال أن فلانا تضرر إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۸

باع ماله و أخذ الدينار فان فى مقابل ماله وصل اليه الدينار فلما ذا يكون ضرر عليه.

و فيه أولا النقض بسائر أبواب العبادات فإنهم لم يلتزموا بذلك فى غير باب الوضوء كما أشرنا اليه و ثانيا أن وصول الأجر إليه غير معلوم فإنه مع نفى الحكم بأدله نفى الضرر و حكومه أدلته على الأحكام الأوليّه لا يبقى هنا أمر بالوضوء حتى يوجر و يصل اليه الثواب فان الثواب انّما يترتب على امتثال الأمر لا على مجرد الحركات الخارجيه.

و الحاصل أنه ذكر المصنف أن الضرر المالى فى باب الوضوء

لا یتحقق فإنه یحصل فی مقابله أجر له فلا یکون ضررا علیه و قد ذکر وجه ذلک فی قاعده لا ضرر حیث قال أن المنفی بدلیل نفی الضرر انّما هو الضرر الغیر المتدارک و الضرر هنا متدارک بالثواب أو أن هنا لیس ضرر أصلا حتی یکون متدارکا فان ذلک نظیر إعطاء الفلس و أخذ المتاع کما لا یخفی.

فافهم و علیه فلا یکون الضرر المالی فی باب الوضوء ضررا.

أقول: أما تفصیل نفی الضرر بالضرر الغیر المتدارک ممّا لا وجه له أصلا لعدم الدلیل علیه و أما أن القول بأنه لیس هنا ضرر لوصول الأجر علیه فهو یشبه العرفان بداهه أن هذا ضرر بلا شبهه علی أنه لو کان وصول الأجر فی مقابل المال فی باب الوضوء موجبا لتدارک الضرر أو أن لا یکون هنا ضررا أصلا فلازم ذلک أن نقول بذلک فی جمیع أبواب العبادات مثلا لو توقف تحصیل الماء علی بذل مال کثیر لا بد من بذله لعدم الضرر فیه مع أنه لم یقل به فقیه علی أنک قد عرفت أن وصول الأجر إلیه غیر معلوم کما لا یخفی.

قوله فیقع الإشکال فی تصویر غبن کل من المتبایعین معا

أقول

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۲۹

قد وقع الکلام فی تصویر الغبن من الطرفین البائع و المشتری فی المعامله و ذکروا فی تصویر ذلک وجوها: الأول ما ذکره صاحب القوانین عند السؤال عن عباده اللمعه فی تصویر الغبن من الطرفین و حاصله أنه لو باع متاعه بأربعه توامین علی أن یعطیه ثمانیه دنانیر بزعم أن ثمانیه دنانیر یسوی أربعه توامین و الحال أن المتاع یسوی بخمسه توامین و أن ثمانیه دنانیر تسوی بخمسه توامین فإنه حینئذ یکون

البائع مغبونا لانه باع ما يسوى بخمسه توامين بأربعه توامين و المشترى مغبون لأن أعطى ثمانيه دنانير بزعم أنه يسوى بأربعه دنانير مع أنه يسوى فى الواقع بخمسه و قد اشكال عليه المصنف بأنه انما يلاحظ الغبن فى المعامله بالنسبه إلى مجموع ما يرجع إليها من الشرائط و العوض و المعوض و من الواضح أنها ليست بمعامله غبنيه من حيث المجموع فلا يكون هذا وجها لتصوير الغبن من الطرفين لان هذه المعامله مع ملاحظه الشرائط مجموعا من حيث المجموع ليست بمعامله غبنيه و بعباره أخرى ان كان الشرط و المشروط ملحوظا معا و لو حظ معامله و أخذه مستقله فلا شبهه أنها ليست بغبنيه و ان كان الشرط أجنبيا عن المشروط و لم يكن له تماس بالمعامله بل لو حظه مستقلا فيكون هنا معاملتان فيكون المغبون فى أحد هما المشترى و فى الآخر البائع كما لا يخفى و من هنا ظهر الجواب عما نقله المصنف عن بعض معاصيره من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين مثلا بأن باع كتاب المكاسب و كتاب الرسائل صفقه واحده و لو حظ كتاب الرسائل نصف دينار مع أنه يسوى بدينار و كتاب المكاسب بدينارين و نصف مع أنه يسوى بدينارين ففى هذه المعامله يكون كل من البائع و المشترى مغبونا كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۰

و وجه الظهور أنه ان لو حظ مجموع الكتابين مبيعا واحدا فيلاحظ المجموع من حيث المجموع و من الواضح أن المجموع من حيث المجموع ليس بمعامله غبنيه و ان لو حظ كل من الكتابين مبيعا واحدا مستقلا فيكون البائع مغبونا فى أحد هما و المشترى مغبونا فى

الآخر فلم تكن هنا معامله يتصور فيها الغبن من الطرفين كما هو واضح.

و منها ما ذكره بعض من فرض المتعاملين وقت العقد فى مكانين مع كون قيمه المثمن مختلفا بحسب المكانين كما إذا فرضنا أن المبيع هو الحنطه و كان ثمن كل من منها فى خارج البلد دينارا لنزول العسكر فيه مثلا- و لكن فى داخل البلد نصف دينار فاشترى البلدى من أهل الخارج بكل من بثلثه أرباع دينار فإنه يكون البائع مغبونا فى هذه المعامله فإن الفرض أن كل منّ من الحنطه كان دينارا فقد باعها بثلثه أرباع دينار و المشترى أيضا مغبون فان المفروض أن قيمه الحنطه فى البلد كانت كلّ منّ بنصف دينار و قد صار مغبونا بربع دينار.

و فيه أن المراد من الغبن فى المعامله هو ملاحظه مكان تحققها فان كان بيع الحنطه فى خارج البلد مع كون التسليم فيه و من الواضح ان البائع مغبون فإن قيمه كلّ منّ من الحنطه فى ذلك المكان دينار فقد باعه بثلثه أرباع دينار و ان كان البيع فى البلد أو بشرط أن يسلم المبيع فى البلد فيكون المشترى مغبونا كما لا يخفى فلا يلاحظ المكانين فى معامله واحده كما هو واضح لا يخفى فافهم.

و قد نقل المصنف عن مفتاح الكرامه تصوير كون الغبن من الطرفين بحسب الحكم الظاهرى دون الواقعى كما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن كما إذا باع ثوبا بفرس بظن المساواه ثمّ ادعى كل منهما نقص

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۱

ما فى يده عما فى يد الأخر و لم يوجد المقوم ليرجع اليه فتخالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل اليه، مع أن فى الواقع المغبون أحدهما لا كلاهما.

أقول

هـذا انمـا يبتنى على ان كـل من يـدعى شـيئا و يتعسـر عليه إقامه البينه فإنه يقبل قوله مع يمينه كما تقـدم و عليه فكل من البائع و المشترى إنما يتعسـر عليه إقامه البينه فيقبل قوله مع يمينه فيثبت ما يـدعيه من الغبن و لكن قد عرفت انه لا دليل عليه خصوصا إذا كانت الـدعوى مما يطلع عليه كل احـد و انما لم يطلع عليه من جهه العوارض كعدم وجود من يطلع عليهما فى مقام البيع ليكون بينه للواقعه و قلنا فى السابق ان الحلف انما هو للمنكر و ليس منه وظيفه المدعى الحلف.

و اما بناء على فساد هذا المبنى كما هو كذلك فيكون من يدعى الغبن مدعيا و الآخر منكرا فللمدعى البينه و للمنكر اليمين و مع كون كـل منهمـا مـدعيا للغبن و منكرا لكون الآـخر مغبونـا فيتحالفان فيحكم بعـدم غبن كل منهما لا بغبن كليهما فلا يكون لأى منهمـا خيارا أصـلا كما عرفت على ان مقتضـى التحالف ان يحلف كل منهما على انه لم يغبن الآخر فيكون مقتضـى ذلك ان لا يكون ان منهما مغبونا لا ان يكون كلاهما مغبونا و هو واضح.

فتحصل انه لا يمكن تصوير الغبن من الطرفين فى معامله واحـده كما ذكره بعض المحشـين للروضه و قال (فلا يعقل كونهما معا مغبونين و الاـ لزم كون الثمن أقـل من القيمه السوقيه و أكثر و هو محال فتم) نعم يمكن تصوير ذلک إذا كان الغبن بمعنى مطلق الخديعه كما إذا باع فرشا بأربعه دنانير على انه من شغل كاشان فبان انه من شغل همدان و مع

ذلک انه يسوى بثمانيه دنانير و حينئذ فقد خدع كل

منهما فی هذه المعامله و هو واضح.

و الـذی ینبغی ان یقـال انه کان مـدرک خیار الغبن هو دلیل نفی الضـرر یمکن فرض الغبن من الطرفین بخلافه إذا کان مـدرکه الشرط الضمنی الذی ذکرناه اما الأول کما إذا باع حطبا من زید کل حقه بمائه فلس مع کون الحطب کل حقه بدرهم و اشتراط المشتری علیه ان ذلک من خشـبه أبنیته و واضح ان هذه المعامله ضـرریه لکل من البائع و المشتری اما کونها ضـرریه للبائع فلان تسـلیم المبیع یتوقف علی تخریب الـدار و هو ضـرر علی البـائع، و امـا کونه ضـررا علی المشتری فلان قیمه الحطب انما هی کل حقه بدرهم و قد باع منه البائع کل حقه بمائه فلس فیکون الدرهم زائدا عن القیمه السوقیه و لا یجری هنا ما ذکره المصـنف من الجواب عن المحقق القمی فـإن هـذا الشـرط لیس له دخل فی زیاده الثمن أصـلا فإنه لا یفرق فی الحطب بین کونه من أخشاب البنـاء و بین کونه من أخشـاب الحـدیقه بل ربما یوجب کونه من أخشاب البناء نقصا فی الحطب لکونه بالیه کثیرا بخلاف ما إذا کان من أخشاب الحدیقه فهذا الشـرط لیس مثل اشتراط کون أربعه توامین ثمانیه دنانیر (الا ان یقال ان هذا الشرط أیضا لیس له دخل فی المزیه و انما المزیه من جهه الخطاء فی التطبیق، من المقرر) و علی هذا فیکون العقد جائزا من الطرفین کما هو واضح.

و اما إذا کان دلیل خیار الغبن هو الشـرط الضـمنی فلا یعقل الغبن من الطرفین بحیث یثبت الخیار للمتبایعین و یکون العقد جائزا من الطرفین. فان الشرط الضمنی أعنی اشتراط تساوی القیمتین أو عدم زیاده القیمه و عدم نقصه

لا یعقل الا من طرف واحد فیکون الغبن من

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۳

طرف واحد کما هو واضح فافهم.

قوله مسأله ظهور الغبن شرط شرعی لحدوث الخیار أو کاشف عقلی عن ثبوته حین العقد

اشاره

أقول: قد عرفت انه لا شبهه فی ثبوت خیار الغبن فی المعاملات و انما الکلام فی ان ثبوت هذا الخیار من حین تبین الغبن أو من حین العقد وجهان و قد اختلف کلمات کلمات الفقهاء فی ذلک اختلافا شدیدا و صار ذلک منشا للوجهین و قد جمع المصنف بین شتات آرائهم بالفرق بین ثبوت الخیار فعلا- بحیث یکون لذی الخیار سلطنه فعلیه علی الفسخ و بین ظهور الخیار له واقعا فالأول لا- یثبت الا بعد ظهور الغبن بخلاف الثانی ثم تکلم فی آثار ذلک الخیار و لکن الظاهر انه لا وجه لذلک التفصیل فان معنی الخیار هو السلطنه الفعلیه اعنی السلطنه علی فسخ العقد کما تقدم فی أول الخیارات و إذا ثبت ثبت له ذلک و الا فلا یعنی معنی ثبوت الخیار هو ثبوت السلطنه الذی الخیار علی فسخ العقد کما هو واضح فلیس لهذا التفصیل مجال أصلا.

و انما المهم هو التکلم فی جهتین:

الاولی فی ان هذا الخیار ثابت من الأول أو من حین تبین الغبن

و الذی ینبغی ان یقال: انه لا بد من ملاحظه دلیل هذا الخیار فلو قلنا بکون دلیله هو دلیل نفی الضرر کما ذهب الیه المشهور من المتأخرین و اختاره المصنف أو قلنا بان دلیله هو الشرط الضمنی فعلی کان حال فلا شبهه فی کونه ثابتا من الأول فإن دلیل نفی الضرر ینفی الضرر الواقعی و کک ان شرط الضمنی هو اشتراط التساوی الواقعی بین العوضین ان کون هذا لازم الشرط الضمنی کما تقدم فان الشرط الضمنی هو عدم الزیاده أو عدم النقیصه ای یشرط کل من المتبایعین علی الآخر بان لا یکون ما له زائدا عن مال

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۴

طرفه بما لا یتسامحه و هذا واضح و نعبر عن ذلک بلازمه اعنی تساوی

القيمتين. و على الجمله فبناء على كون دليل خيار الغبن اى من هذين الوجهين يثبت الخيار للمغبون من الأول كما هو واضح.

نعم لو كـان دليـل خيـار الغبن هو الإجمـاع أو مـا تقـدمت الإشـاره إليه من النبوى حيث نهى عن تلقى الركابـان و قـال إذا جائوا بـالسوق فلهم الخيـار بنـاء على انصـراف ذلك النبوى إلى صوره ظهور الغبن لا إثبات الخيار على وجه الإطلاق بمجرد المجى ء إلى السوق سواء ظهر غبن فى المعـامله أم لا ـ كمـا ذهب اليه ابن إدريس الـذى هو خلاـف منصـرف النبوى فـإنه بناء على ما هو الظـاهر من النبوى من كونهم ذى خيـار بعـد مجيئهم إلى السوق إذا تبين لهم الغبن لا ـ مطلقـا فـإنه لا معنى لثبوت الخيار لهم بعد المجى ء إلى السوق تعبـدا و الا ـ لكان ثابتا من الأول و كيف كان فبناء على ظاهر النبوى فيكون دليلا على ثبوت الخيار من حين تبين الغبن لا من حين العقـد و كذلك لو كان المدرك هو الإجماع فإن المتيقن منه هو ثبوت الخيار مع ظهور الغبن و لكن يرد على الإجماع انه ليس بحجه و على النبوى انه ضـعيف السـند إذ لم نجـده فى كتب الأصـحاب المعده للحديث و انما ذكروه فى كتب الاسـتدلال و أخـذوهم من العـامه، و لم ينجـبر ضـعفه بشـى ء إذ لم يثبت كـون عملهم على طبقه و انمـا اسـتندوا بغيره من الوجوه المـذكوره فى المسـأله بـل ثبت عـدم اسـتنادهم اليه الا ـ قليل كما يظهر من ملاحظه كلماتهم. على انه يمكن المناقشه فى دلالته أيضا بـدعوى ان المراد من ثبوت الخيار بعـد المجى بالسوق هو تبين الغبن كما عرفت و ان هـذا التبين طريق الى الواقع لا انه موضوع

بنفسه لثبوت الخيار فحيث ان الغبن من الأول و ان كان تبينه من الان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۵

فيثبت له الخيار من الأول و بعباره اخرى انا لا نحتمل ان العلم جزء الموضوع لثبوت خيار الغبن بل تمام الموضوع له انما هو الغبن لا الغبن المعلوم فإذا يثبت الخيار للمغبون من الأول و نظير كون التبين هنا طريقا الى الواقع كتبين الفجر فى شهر رمضان فى قوله تعالى كُلُوا وَ اشْرَبُوا حَتّٰى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ فان التبين هنا ليس له موضوعيه لحرمه الأكل بحيث لو لم يتبين الفجر الغيم و نحوه الى ان مضى ساعه من طلوع الشمس فأيضا يجوز الأكل فهذا غير محتمل قطعا اذن فيكون التبين طريقا الى الفجر كما هو واضح و كك فى المقام.

فتحصل ان ثبوت خيار الغبن من حين العقد هذا ما يرجع الى الجهه الاولى و عليه فلا وجه لتفصيل المصنف بين ثبوت الخيار له واقعا و كونه ذى حق فى الواقع و بين ثبوت السلطنه الفعليه له فعلا على فسخ العقد.

الجهه الثانيه أعنى التكلم فى ترتب آثار الخيار على خيار الغبن

و انه هل يترتب على هذا الخيار من الآثار ما يترتب على بقيه الخيارات من الآثار بعنوان الخيار من خصوصيه لإحدى الخيارات أو لا يترتب عليه آثار بقيه الخيارات أقول و من جمله آثار الخيار انتقاله إلى الورثه بعد موت المورث و عليه فان قلنا بثبوت خيار الغبن من حين العقد كما هو كذلك و مات المورث قبل ان يتبين الغبن فإنه يثبت الخيار لوارثه فان الخيار من الحقوق الذى يورث فلا فارق فى ذلك بين خيار الغبن و سائر الخيارات و من جمله الآثار انه يجوز إسقاطه قبل

ظهور الغبن كما إذا قال ان كان لی خيار فی هذا العقد فأسقطه أو يقول بنحو العموم ان كل خيار لی فقد أسقطه فإنه ح يسقط خياره هذا و ان لم يعلم به كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۶

هو واضح و الجهه الأخرى من الثمرات انه وقع الخلاف بين العلماء فی انه يجوز التصرف فی الثمن أو المثمن فی زمان الخيار أولا فذهب بعضهم الى عدم الجواز مطلقا و بعضهم الى الجواز مطلقا و قد فصل بعضهم بين بيع الخيار فالتزم بعدم الجواز و بين غيره و التزم بالجواز و لكن ادعوا عدم الخلاف و ثبوت الاتفاق على عدم جواز التصرف فی العوضين فی زمان خيار الغبن فان التصرف يوجب كون العين فی معرض التلف و من المحتمل أن ذی الخيار يفسخ العقد و يرجع بالعين و ان التفاتهم على هذا انما هو بعد ظهور الغبن لا قبله و قد ذكروا انه يكشف من هذا الاتفاق ان خيار الغبن انما يثبت للمغبون من حين ظهور الغبن.

و لكن الظاهر ان جميع الخيارات فی ذلك على حد سواء ان جاز التصرف فی زمان الخيار جاز فی كلها و الا فلا يجوز فی شی ء منها و انه لا يكون هذا الاتفاق مائزا بين المقامين و ذلك لعدم ثبوت هذا الاتفاق فإنه لا نطمئن باتفاقهم على عدم جواز التصرف قبل ظهور المغبن من جهه انهم يرون عدم جواز التصرف فی زمان الخيار و جوازه فی غير زمان الخيار و حيث انهم اتفقوا على جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيكشف من ذلك انه ليس لهم خيار قبل ظهور الغبن كما هو واضح و ليس لنا علم بذلك من

جهه انه يحتمل قريبا ان جمله من القائلين بجواز التصرف فى العوضين قبل ظهور الغبن انهم التزموا بذلك لذهابهم الى جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار كما هو كذلك و عليه فلا يكون اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن كاشفا عن اتفاقهم على عدم ثبوت الخيار قبل ظهور الغبن. نعم لو كان لنا علم بان اتفاقهم على جواز التصرف قبل ظهور الغبن من جهه كونه غير زمان الخيار لكان ذلك كاشفا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۷

عن ثبوت الخيار بعد ظهور الغبن و لكن انى لهم بإثباته.

على انه لا دليل على عدم جواز التصرف فى العوضين فى زمان الخيار و توهم ان التصرف يوجب كون العين فى معرض التلف لا- يكون مانعا عن ذلك لما عرفت سابقا ان متعلق الخيار هو العقد و هو باق حتى بعد تلف العين فإنه إذا اعمل صاحب الخيار خياره يرجع الى بدل العين لا- الى نفسه نعم مع بقاء العين يرجع الى نفسها مع الفسخ و اما انه لا يجوز التصرف فى العين فى زمان الخيار فهو باطل فإنه بعد كونه مالا لمالكه فبأى وجه عن تصرفاته مع كون الناس مسلطا على أموالهم.

و من جمله الثمرات انه هل التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له أو انه من مالكه و قد تقدم سابقا فى خيار المجلس و الحيوان ان مقتضى القاعده الأوليه هو كون تلف مال كل شخص على صاحبه و ان لا يحسب على شخص آخر و لكن قد ورد النص على ان تلف الحيوان فى زمان الخيار ممن لا خيار له فان تعدينا الى غير خيار الحيوان و قلنا بكون تلف المبيع مطلقا

فی زمان الخیار ممن لا خیار له و کذلک تعدینا الی تلف الثمن أیضا لقلنا فی جمیع الخیارات و فی تلف الثمن و المثمن فی زمان الخیار فی جمیع المعاملات حتی خیار المجعول الذی من مصادیقها خیار الغبن الثابت بخیار تخلف الشرط و ان اقتصرنا بمورد النص فقط فلا یحسب تلف المبیع أو الثمن علی من لا خیار له فی زمن الخیار سواء کان خیار الغبن أو غیره و هو واضح جدا.

و لکن قد تقدم ان هذا الحکم قد ثبت فی مورد خاص بالنص فلا یجوز التعدی الی غیر مورده فتکون القاعده الأولیه المذکوره محکمه فافهم

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۸

و علی کل حال فلو عمم ذلک ای کون التلف المبیع فی زمن الخیار ممن لا خیار له الی غیر مورده لکن فی مورد خیار الغبن أیضا ممن لا خیار له قبل ظهور الغبن و بعده بناء علی ما ذکرناه من ثبوته من الأول و ان لم یعلم به المغبون و من جمله الآثار انه إذا قلنا بثبوت الخیار من الأول و قلنا بکون التصرف مسقطا للخیار مطلقا فیکون هنا أیضا مسقطا کما هو واضح.

و قد تقدم فیما سبق انه لم یثبت کون التصرف مسقطا تعبدیا إلا فی مورد خاص اعنی بیع الحیوان فإنه ثبت فیه ان التصرف الخاص موجب لسقوط الخیار کقوله (ع) أ رأیت ان لامس أو قبل إلخ و کذلک ثبت کون التصرف مسقطا فی خیار المجلس و کذلک التصرف المغیر و اما کون مطلق التصرف مسقطا للخیار فلم یثبت بدلیل و انما کونه مسقطا من جهه الظهور العرفی و کونه ظاهرا فی إسقاط الخیار عرفا فکلما کان له ظهور

فى الإسقاط الفعلى يحكم بمسقطيته و الا فلا.

و الحاصل ان الافعال كالأقوال فى إبراز ما فى الضمير و إظهاره فكما ان الاسقاط القولى موجب لسقوط الخيار و يكون كاشفا عن إبراز ما فى الضمير و كذلك الإسقاط الفعلى فإنه أيضا يكون من مصاديق الاسقاط و إذا لم يكن التصرف بحيث يكون من الاسقاط فلا يكون له قابليه لإسقاط الخيار و ظهوره فى ذلك فيكون مثله (وجوده) كعدمه و المفروض انه لم يرد التعبد بكونه مسقطا على اى وجه اتفق كما هو واضح فافهم.

قوله مسأله يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها إسقاطه بعد العقد

أقول يقع الكلام هنا فى أربع مسائل:

الاولى: ان يسقط خياره قبل العلم بالغبن مجانا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۳۹

الثانيه: الإسقاط به قبل العلم بظهور الغبن مع العوض.

الثالثه: الإسقاط به مع العلم به مع العوض.

و الرابعه: الإسقاط به مع العلم به مع عدم العوض.

اما المسأله الاولى فلا شبهه فى سقوط الخيار قبل العلم بالغبن بان يقول أسقط خيارى الغبن فى هذه المعامله و لا شبهه فى ذلك بناء على ثبوت الخيار من الأول غايه الأمر بأنه لا علم بالخيار فمجرد عدم العلم به لا يمنع عن تأثير الاسقاط فإنه لو قال احد كلما لى من الخيار فقد أسقطه فإنه لا شبهه فى شموله لكل خياره و ان كان لم يعلم به و هو واضح جدا.

و اما لو قلنا يكون حدوث الخيار بعد تبين الغبن فأسقط المغبون خياره بعد الغبن و قبل ظهوره و العلم فهل يجوز ذلك أم لا فذكر المصنف انه يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتض للخيار و هو الغبن الواقعى و ان لم يعلم به و هذا كان فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه و لا يكون من

قبیل إسقاط ما لم یجب.

و لکن یرد علیه ان المقتضی ان کان تام التأثیر بحیث یؤثر فی المعلول بالفعل فیکون الخیار ثابتا بالفعل و لا یکون معلقا علی حدوثه بعد العلم بالغبن و هو خلف الفرض.

و ان لم یکن المقتضی تام التأثیر فلا یکون الاسقاط بمثل هذا المقتضی من تحت الاسقاط لما لم یجب فیبقی المحذور فی حاله.

و لکن الظاهر انه لم یدل دلیل علی عدم جواز الاسقاط بما لم یجب الا ما یتوهم من کونه تعلیقا و من الواضح ان المتیقن من ذلک هو العقود بالنسبه إلی التعلیق بأمر مجهول فلا یجری فی غیره و علی الجمله لا نعرف أساسا صحیحا لعدم جواز إسقاط ما لم یجب فلا نری فی ان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۰

یسقط الإنسان بما یتعلق له من الحق بذمه غیره قبل تعلقه بها و لم یرد فی آیه و لا فی روایه ما یمنع عن ذلک کما هو واضح لا یخفی بل هو من جهه الإجماع و لعله لیس إجماعا تعبدیا بل من جهه عدم اعتبار العقلاء بمثل ذلک و یمکن ان یکون مدرک الإجماع ما ورد من النهی عن بیع ما لم یملک بعد و عن بیع ما لیس عندک و العقلاء لا یعتبرون الملکیه فی أمثال ذلک أیضا و علیه فإذا اعتبر العقلاء أثرا علیه فی مورد فلا مانع من إسقاط ما بم یجب.

ثم انه مع العلم بالغبن تاره یکون ما أسقطه من الغبن موافقا للواقع و هذا لا شبهه فیه و قد یکون أقل مما اعتقده و هذا أیضا لا شبهه فیه و قد یکون مخالفا بان یکون الغبن أزید مما اعتقده فحینئذ یقع الکلام

فی صحه الإسقاط و عدمه و انه إسقاط للغبن من أصله أو بمقدار ما اعتقده و توضیح ذلک انه إذا أسقط خیاره قبل العلم بالغبن باعتقاد انه إذا کان هنا غبن یکون خمسا فی الخمسین و لکن لما تبین الحال فظهر انه مغبون فی الخمسین بثلثین فهل یسقط خیاره مطلقا أو یسقط بالنسبه إلی مرتبه خاصه أعنی ما اعتقده فی مقدار الغبن و قد عنون المصنف ذلک فی صوره کون الغبن معلوما و لکن المسألتان من واد واحد فیجری هذا البحث فی کلتا المسألتین کما هو واضح.

و علی کل حال فلا یمکن ان یکون المقام من باب التقیید بان یکون ما أسقطه من الخیار مقیدا بکون الغبن خمسه فی الخمسین و یکون خیاره باقیا فی المرتبه اخری التی لم یسقطها و بعباره أخری إسقاط ما احتمله أو اعتقده من مرتبه الغبن لو کان موجبا لتقیید الاسقاط بتلک نظیر تقیید المبیع بالصوره النوعیه لکان لعدم سقوط الخیار عند تبین زیاده الغبن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۱

عما احتمله أو اعتقده وجه الّا أنه لا یمکن التقیید فی المقام لان الخیار أمر واحد بسیط لیس ذا مراتب و لا یقبل التأکد و فی المقام لا یقبل التخصص بسبب دون سبب کما فی اجتماع خیاری الحیوان و المجلس فی عقد واحد فان مأه دینار مثلا مرتبه واحده من الغبن فلا یعقل إسقاط مقدار منه و بقاء مقدار آخر و اذن فیکون من قبیل الداعی یعنی أن اعتقاده بکون الغبن خمسه فی الخمسین داعی إلی إسقاط خیار الغبن علی ما هو علیه فی الواقع بأی نحو کان کما هو واضح و بأی مرتبه وصل فیکون إسقاطه خیار الغبن

باعتقـاد كونه بمقـدار خـاص إسـقاطا لخيار غبنه من أصـله و أساسه و لا يقاس ذلك باب الـدين فإنه إذا اعتقـد عمرو كون زيد مديونا له عشـره دنانير و أسـقطه فبان أنه مأه دينار أو اعتقد كذلك و قال أسـقط جميع ما فى ذمه زيد من الدين لى فإنه لا بأس هنا من الالتزام بان الساقط عن ذمته انما هو بمقـدار و عشـره دنانير و لكن لا يمكن الالتزام بذلك هنا و الوجه فيه أن خيار الغبن كما عرفت أمر واحد بسـيط ليس ذا مراتب ان سقط، سقط من أصله و ان لم يسقط فلا يسقط من أصله و قد قلنا أن اعتقاد كونه بمقـدار خاص ثمّ إسـقاطه من باب الداعى فيكون الإسـقاط إسـقاطا له من أصـله و هذا بخلاف باب الدين فإنه منحل الى ديون متعـدده نظير بيع أمور عديده فى صـفقه واحده فإنه كما ينحل البيع هنا الى بيوع متعدده فكك الدين فمأه دينار من الدين منحل الى ديون عديـده بحساب الـدينار بل بحساب الـدراهم بل أقل من الـدرهم الى أن ينتهى الى ما لا يقبل الماليه و لا ينصف بها و عليه فإسـقاط مرتبه من الـدين لاـ يضـر ببقاء مرتبه أخرى فى ذمه المـديون كما هو واضـح و عليه فلا بـدّ اما من الالتزام بسـقوط الخيار من أصله أو من الالتزام ببطلان الاسقاط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۲

لبطلان التقييـد كما عرفت و حيث عرفت أن الظاهر فى مثل المقام هو الـداعى فيكون إسـقاطه بداعى كون الغبن بمقدار خمسـه فى الخمسين فبان أنه بمقدار عشرين فى الخمسين إسقاطا لأصل خيار الغبن فلا يضر به تخلف الداعى.

نعم يمكن أن يقال بكون سقوط الخيار

مشروطا بظهور الغبن بالمقدار الذى اعتقده بأن يكون إسقاط المغبون خياره معلقا يكون الغبن خمسه فى خمسين و الّا فلا يسقط خياره و هذا لا محذور فيه الا إشكال التعليق فان هذا الاسقاط ليس منجزا فيكون باطلا و لكن يرد عليه أن بطلان التعليق فى العقود و الإيقاعات لم يثبت بدليل لفظى بل بالإجماع و هو دليل لبى فلا بد من أخذ المتيقن من ذلك و هو ما لا يتوقف أصل تحقق العقد عليه و لعل الإجماع أيضا ليس بتعبدى بل من جهه أن العقلاء لا يعتبرون فى مثل موارد التعليق الملكيه كما لا يعتبرون فى بيع ما لم يملك فالمقام نظير طلاق مشكوك الزوجيه و عتق مشكوك الرقيه فإن مشكوكيه المعلق عليه لا يضر بصحه الطلاق و بصحه العتق فان الطلاق و العتق ممّا يتوقف أصل تحققه على الزوجيه و الرقيه فلا يضر التعليق فى مثل ذلك بصحه العتق و الطلاق فقد ظهر من جميع ما تقدم حكم صوره الإسقاط مع العلم بالغبن.

و على الجمله أن المسقط الأول هو الاسقاط و قد ذكرنا أن فى المقام اربع ما سئل الاولى الاسقاط قبل العلم بالغبن و الثانيه الإسقاط بعد العلم بالغبن و الثالثه و الرابعه الفرضين مع كون الإسقاط فى مقابل العوض.

أما المسألتان الأولتان فقد ظهر حكمهما ممّا ذكرناه و حاصله أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۳

المحذور من الاسقاط هنا ليس إلا أمران أحدهما فى صوره كون الخيار مشروطا شرعا بظهور الغبن و ذكروا أن ذلك من قبيل إسقاط ما لم يجب و الثانى فى صوره العلم بالغبن مع الاعتقاد بأنه خمسه فى الخمسين فبان أنه أكثر و قد قلنا أن سقوط الخيار

هنا إذا كان الغبن بالخمسه فقط انما يصح إذا كان الاسقاط على نحو التعليق و عليه فيتوجه المحذور بأنه من قبيل التعليق فهو باطل و جوابه ما تقدم من أن التعليق إذا كان بما يتوقف عليه وجود العقد أو الإيقاع لا يضر لكونه خارجا عن الإجماع كما هو واضح.

ثمّ انه يقع الكلام فى حكم المسأله الثالثه و الرابعه أعنى إسقاط الخيار فى الصورتين بالعوض كالمصالحه مثل أما المسأله الأولى بأن يسقط خيار الغبن قبل ظهوره بالعوض و يصالح سقوطه بعوض فالظاهر أنه لا يجوز ذلك فإن أخذ العوض على ذلك باطل و أكل للمال بالباطل إذ لا بدّ و أن يكون ما يأخذه المسقط لخياره من العوض واقعا فى مقابل شى ء كما هو شأن المصالحه و المبادله و قد عرفت أنه لا- تجوز المصالحه على سقوط الخيار قبل الظهور الغبن و العلم بوجوده بل يحتمل أنه موجود أو ليس بموجود و معه لا- تحصل المبادله بين سقوط الحق الموهوم و بين ما يأخذه فى مقابله من العوض فلا يكون شى ء فى مقابل العوض فتخرج عن المبادله بين الشيئين و قلنا لا مدفع لهذا الإشكال الا أن يكون ما يعطيه الغابن من العوض بعنوان المحاباه.

و لكن يمكن تصحيح المصالحه هنا أيضا بتقريب آخر بأن يقال أن المصالحه واقعه على إسقاط الخيار بعد العقد على تقدير ثبوته و العوض الذى يأخذه من يحتمل أن يكون مغبونا انما يأخذه فى مقابل الفعل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۴

الذى هو إسقاط الخيار على تقدير ثبوته و من الواضح أن هذا الفعل و ان كان متعلقا بالخيار على تقدير ثبوته لا أنه إسقاط على كل تقدير و لكن فائدته

للطرف الآخر على كل تقدير فإنه يحصل منه الاطمئنان له فلا يحصل تزلزل فى العقد بعد ذلك بحيث ينجر الى المحاكم العرفيه و من الواضح أن حصول الاطمئنان له غرض عقلائى يوجب ماليه للإسقاط الذى هو فعل المغبون و هذه و ان كانت مصالحه و لكن نتيجه الإجاره فتكون كإجاره شخص لإيجاد فعل فى الخارج فكما أن المستأجر يملك فعل الأجير بالإجاره و كذلك أن من يحتمل أن يكون غابنا إذا أعطى درهما لمن يحتمل أن يكون مغبونا فى مقابل إسقاطه الخيار المحتمل فيكون مالكا لفعله أعنى الاسقاط كما هو واضح.

و من الواضح أنه ليس هنا شى ء حتى يقع العوض فى مقابله فإنه لا يعلم أنه مغبون فى الواقع حتى يكون له حق الخيار و يكون سقوطه فى مقابل هذا العوض بل ليس هنا الا احتمال الخيار الناشى من احتمال الغبن فمجرد احتمال الحق لا يصح أن يكون عوضا فى المصالحه عليه و سببا لا- كل أموال الناس فى مقابل سقوط و عليه فلا يصح المصالحه عى سقوط خيار الغبن قبل ظهور الغبن كما هو واضح إلا- إذا كان ذلك فى ضمن عقد آخر كأن تكون المصالحه بين شيئين أو أوقعا معامله مستقله و اشترطا فى ضمنه سقوط خيار الغبن على تقدير وجوده فلو أراد المغبون إسقاط خياره على تقدير وجوده بإزاء العوض تعين عليه ذلك و ان ذكر المصنف الاولى هو ذلك نعم لو كانت المصالحه محاباتيه بأن يهب من يتوهم كونه غابنا مالا للآخر و الآخر يسقط خياره المحتمل فان هذا أمر أخر و الا فلا مدفع للإشكال المذكور.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۵

و أما لو علم المغبون بوجود الغبن فأراد أن

يصالح ذلك بشى ء فإن صالح ما اعتقده من الغبن بشى ء فظهر مطابقا للواقع فلا كلام لنا فيه و ان ظهر الواقع أزيد من ذلك فذكر المصنف هنا ثلث محتملات بطلان الصلح من أصله و صحته مع كونه لازما و صحته متزلزلا و الحق هو الأخير و يظهر بطلان الوجهين الأولين من بيان وجه الصّيحه فى الثالث فنقول أنه كما أن الشرط الضمنى موجود فى المعاملات بكون العوضين متساويين أى لا يكون كل منهما زائدا و ناقضا و قد قلنا أن ذلك مقتضى بناء العقلاء و الا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط و هذا المعنى بعينه جار فى المصالحه أيضا فإن كل من المتصالحين يشترط على الآخر أن يكون ما أعطاه للآخر من المال أو ما أسقطه من الحق زائدا عن المقدار الذى تسالما عليه و كذلك أن يكون بدلا عما يعطيه ناقصا عن المقدار الذى تسالما عليه فهذا الشرط الضمنى موجود فى المصالحه فإذا تخلّف فى مورد يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط نظير تخلف الشروط المجعوله فى المعاملات و المصالحه فى المقام كذلك فان المغبون بعد ما علم بالغبن بمقدار معين يصالح حق خيار غبنه بمبلغ معين و هذه المصالحه و ان كانت مطلقه و لكن يشترط فيها بالضمن العقدى أن لا يكون الغبن أزيد من المقدار الذى جرى عليه التسالم و الّا فيثبت له خيار تخلف الشرط و هذا واضح جدا.

و من هنا ظهر بطلان توهم لزوم المصالحه و صحتها بدعوى أن الحق أن خيار الغبن حق واحد بسيط فلا يعقل جريان المصالحه على بعضه و سقوطه بالمصالحه و بقاء بعضه الآخر فانا لا ندعى سقوط الحق بمقداره و بقائه بمقداره الآخر

ليلتزم فيه هذا المحذور و ككك بطل قول من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۶

توهم أن المصالحه باطله بدعوى أن تحقق المصالحه لم يقع على الحق الموجود و ما هو موجود من الحق لم تجر عليه المصالحه فلا وجه لسقوطه فيحكم ببطلان المصالحه و وجه البطلان أو المصالحه قد جرت على الحق الموجود و لكن متزلزلا فقد ظهر أن هذين القولين بين إفراط و تفريط.

ثمّ ان ما ذكرناه جار فى خيار الرؤيه و خيار العيب أيضا على النحو الذى تقدم فان الخيار فيهما ثابت بالشرط الضمنى و خيار العيب و ان كان منصوصا و لكنه ليس على خلاف القاعده بل النص ورد على طبق القاعده نعم ثبوت الأرش فى خيار العيب بالنص على خلاف القاعده.

قوله الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد

أقول قد تقدم ذلك فى خيارى الحيوان و المجلس و قد ذكر المصنف ذلك هناك و ما أشكل عليه بوجوه عمدتها أنه إسقاط لما لم يجب فان الخيار لم يثبت حين العقد فاشتراط إسقاطه فيه إسقاط لما لم يجب و قد أجاب عنه المصنف و أجبنا عنه أيضا بما عندنا و لا نعيده و لكن مما يجب التنبيه عليه هنا أن هذا الاشكال انما يتوجه لنحتاج الى الجواب إذا كان مدرك الخيار هو دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان فإنه عليها لم يثبت حق حين العقد حتى يشترط سقوطه فى ضمن العقد و لكن بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط الضمنى فلا مجال لهذا الإشكال أصلا فإن مرجع سقوط الخيار هو عدم الاشتراط من الأول إذ خيار الغبن كان ثابتا بالشرط الذى يجعلانه المتعاملان بالشرط الضمنى فإذا لم يجعلا ذلك لم

يثبت خيار الغبن بتخلف الشرط فيكون نظير التصريح بعدم هذا الشرط كما هو واضح فلا يرد اشكال ح أصلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۷

نعم يبقى هنا ما ذكره الشهيد ره من اشكال الغرر بأن هذه المعامله غرريه و سيأتى تفصيل ذلك.

و أما الكلام فى المسأله الثانيه أعنى إسقاط الخيار فى ضمن العقد فقد تقدم تفصيل ذلك فى خيارى المجلس و الحيوان و عمده الإشكال فى ذلك هو لزوم إسقاط ما لم يجب كما عرفت من جهه أن فى ظرف الاسقاط ليس حق و فى ظرف الحق ليس إسقاط و قد تقدم الجواب عن ذلك و قلنا أنه لم يرد فى دليل أنه لا يجوز إسقاط ما لم يجب و انما هو من جهه اللغويه و عدم اعتبار العقلاء أثرا عليه و لو كان هنا إجماع فمنشئه هو ذلك و إذا فرض فى مورد ترتب الأثر عليه و تعلق غرض عقلائى بإسقاط الحق الموجود فى ظرفه من الآن فلا محذور فيه فإنه يخرج عن اللغويه كما هو واضح و هذا لا شبهه فيه و لكن الذى يسهل الخطب أنه يجرى هذا الإشكال فى المقام الأبناء على كون دليل الخيار دليل نفى الضرر أو الخبر الوارد فى تلقى الركبان و أما بناء على ما ذكرناه من كون دليل خيار الغبن هو الشرط فى ضمن العقد فمعنى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد هو عدم اشتراط الشرط الضمنى من الأول فلا يلزم هنا إشكال إسقاط ما لم يجب أصلا فلا يتوجه أن الاسقاط بالفعل ليس له متعلق لعدم وجود الحق و حين وجود الحق ليس إسقاط و لكن يتولد من ذلك اشكال آخر و هو أن المعامله

حینئذ تکون غرریه فإنهما أقدما علی شـی ء لا یعلم أن مقدار مالیته فی أی مرتبه و بأی مقدار و قد ذکر ذلک الشهید فی المقام و فی خیار الرؤیه و بیان ذلک أما لزوم الغرر فی إسـقاط خیار الرؤیه من جهه أن بیع العین الغائبه و لا یصـح الا بـذکر الأوصاف التی بها تختلف مالیه المال و مرجع إسقاط الخیار الی اشتراء المال بأی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۸

وصف کـان و هـذا غرری لأـن الأوصـاف لهـا دخـل فی المـالیه فمقـدار المـالیه من هـذا المبیع غیر معلوم و أمـا فی خیـار الغبن فکـذلک فـان اعتبار ذکر أوصاف المبیع لیس إلا لأجل العلم بمقـدار مالیته فإذا کان الجهل بالمبیع أو بالصـفه راجعا أی الجهل بالمـالیه فإسـقاط خیار الغبن أیضا یرجع الی الجهل بمقـدار مالیه المال فیلزم الغرر، و علی الجمله فإسـقاط الخیار أی عـدم جعل الخیار فی العقـد مع احتمال الغبن یوجب غرریه المعامله إذ لا یعلم أن ما تملکه و أخذه أی مقدار من المال و أی مقدار له مالیه و هو واضح.

و قد أشـکال علیه المصـنف بما حاصـله أن الخیار من الأحکام الشـرعیه فلا یکون ثبوته فی البیع موجبا لارتفاع الغرر و الا لصح کل بیع غرری علی وجه التزلزل فثبوت الخیار و عدمه بالنسبه إلی ثبوت موضوع الغرر فی المعامله و عدم سیان.

و یرد علیه أن هذا المطلب متین فیما کان الخیار ثابتا بجعل الشارع فإنه من الأحکام الشـرعیه التی لا ترتبط بالغرر نفیا و إثباتا فلا یکون ثبوته رافعا للغرر و لا أن سـقوطه یوجب الغرر و لکن لا شبهه فی أن الخیار الثابت بجعل المتعاقدین یوجب رفع الغرر فإن المعامله

مع اشتراط أن يكون له الخيار مع ظهور الغبن فيها لا تكون غرريه أى يكون هذا الاشتراط رافعا للغرر و موجبا لسقوطه فان الغرر هو المخطر فمع هـذا الشـرط فأى خطر فى المعامله فإنه مختار مع ظهور الغبن فيها أن يرض أو يفسـخها و هو واضـح فتحصل أن جعل الخيار فى المعامله يوجب رفع الغرر فيها.

و لكن الذى ينبغى أن يقال أن المعامله بدون جعل هذا الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۴۹

أيضـا ليست بغرريه و ذلك لان الغرر بمعنى الخطر فهو انما يكون إذا لم يعلم أن تصاحبه بالمبادله أى شـى ء أو أنه متصف بأى وصف و لـذا اشتراطوا فى البيع كون المبيع معلوم الوجود و معلوم الوصف و إذا انتفى أحـدهما أو كلاهمـا كـان البيع غررىّا فلو باع أحـد داره بما فى الكيس فلا يعلم أنه أى مقـدار فى الكيس و أنه أى شـى ء فيكون البيع غررىّا و أما إذا علم كل من البائع و المشترى ما يأخذه من الآخر و تملكه أى شـى ء بل يراه و هو فى نصب عينيه و لكن لا يعلم أن قيمته السّوقيه أى مقدار و الجهل بالمـاليه من جهه الجهـل بالقيمه السوقيه فإنه لا يكون ذلك غرريا فنفرق أنه ليس فى العالم سوق و لا عقلاء الا البائع و المشترى فهـل يتوهم أحـد أن معاملتهمـا غرريه و هـذا بخلاف الجهل بأصل الشـى ء أو بوصـفه فإنهما يوجبان الخطر حتى لو لم يكن فى العالم سوق و لا عقلاء غير المتبايعين فان الرغبات تختلف بينا باختلاف الأشياء و أوصافها و هو واضح.

و لو سلمنا أن اعتبار العلم بالقيمه السوقيه أيضا من شرائط البيع و اصنفنا ذلك الى شرائط

البيع و قلنـا لا بـدّ من العلم بأصل وجود المبيع و بأوصافه و بماليته مع أنه لم يعتبر ذلك أحـد من الفقهاء أنه ليس هنا غرر أيضـا فـإنه يرتفع بالاطمينان الحاصل اما من اخبار الثقه أو بأصاله الصـحه بناء على اعتبارها أو الرؤيه السابقه أو غير ذلك و ان لم يكن اطمينـانه بمرتبه القطع فـإذا اطمـأن البائع بعـدم كون المبيع أقل من القيمه السوقيه أو اطمأن المشترى بعـدم كونه أزيـد من القيمه السوقيه فلا يكون البيع خطريّا حينئـذ و ان لم يكن فى الواقع كذلك لما عرفت فى البحث عن بيع الغررى أن الخطر انما هو قائم بحاله ترد النص و عدم اطمينانها و إذا اطمأن و ان يكن قاطعا بعدم كون قيمه المبيع أقل من القيمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۰

السوقيه فباع على هـذا الاطمئنان فلا يكون غرريا و بهـذا قلنا أن إسـقاط خيار العيب و الاقـدام بمعامله مع الاطمئنان يكون المبيع صحيحا و ان كان معيبا واقعا لا يكون غرريّا بل يصح المعامله كشـراء الجاريه مع الاطمئنان يكونها صحيحه مع أنها مسلوله و من هنـا ظهر حكم الشـراء بانيـا على الرؤيه السـابقه على البيع يوما أو يومين بحيث يطمئن عاده أن المبيع لا يتغير فى هـذا المـده فإنه يكون البيع حينئـذ صـحيحا مع إسـقاط الخيـار و ان لم يكن المبيع كـذلك فى الواقع إذ لا تردد للمشترى فى ذلك ليكون خطرا فتحصل أن الاقدام على المعامله مع الاطمئنان بالصـحه أما اعتمادا على قول الثقه أو على الرؤيه السابقه أو على أصاله الصحه بناء على اعتبارها مع إسقاط خيارى الغبن و الرؤيه و حينئذ لا يوجب كون المعامله غرريه.

الثالث تصرف المغبون بأحد التّصرّفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن

أقول ذكر المصنف

أن المشـهور بين الفقهاء هو الفرق بين التصرف الواقع بعد العلم بالغبن و بين التصرف الواقع قبل العلم بالغبن فإنهم التزموا بكونه مسقطا لخيار الغبن و العيب و التدليس فى الأول دون الثانى.

فإن كان المراد بذلك هو الطريقيه فهو متين بأن كان التصرف- كاشفا عن الرضاء بالعقد و طريقا إليه إذ لا فرق فى المسقط بين المسقط القولى و بين المسقط الفعلى إذ الميزان انما هو كونه مبرزا لما فى النفس من الرضاء بالعقد و كاشفا عن سقوط الخيار و من الواضح أن التصـرف حين العلم بالغبن له طريقيه الى سـقوط الخيار إلا إذا قامت قرينه على عدم كونه طريقا الى السقوط فى هذه الحاله و ان كان المراد من هذا الفرق الموضوعيه بأن كان التصرف مع العلم بالغبن له موضوعيه فى سقوط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۱

الخيار فهو باطل إذ كثيرا يوجـد التصـرف مع العلم بالغبن و لا يكون مسـقطا للخيار كما إذا علم بالغبن و بنى على الفسخ و لكن لم يفسخ ليتصـرّف فى المبيع و لا يكون التصرف فى ملك الغير كأن اشترى لحاقا و التفت الليل الى الغبن و بنى على الفسخ بناء على عدم فوريه هذا الخيار و لكن لم يفسخ الليله من جهه بروده الهوى ليتصـرف فى اللحاف مع كونه فى ملكه و أصـبح و فسخ فإن القرينه قائمه على عدم كون التصـرف كاشـفا عن سـقوط الخيار فلو كان له موضوعيه لكان مثل هذه التصـرف أيضا مسـقطا للخيار و هكذا لو كان التصـرف واقعا فى مقدمه الإسقاط كما إذا اشترى حيوانا فالتفت الى كون المعامله غبنيه و ركبه ليرده إلى البائع و يفسخ العقد عنده فان مثل

هذا التصـرف لا يكون مسـقطا للخيار بل قد يكون موجبا لسـقوط الخيار مع الجهل بالغبن كما إذا تصرف المغبون تصرفا كاشفا عن الرضـا بالعقـد حتى لو ظهر فيه غبن كمـا هو المفروض فلو كان التصـرف مع العلم بالغبن له موضوعيه فى سـقوط الخيار لما كـان ذلـك موجبـا لسـقوط الخيـار نعم مع العلم بـالغبن يكون التصـرف كاشـفا عن سـقوط الخيـار غالبا إلّا إذا قامت قرينه على الخلاف و عكس ذلك وقوع التصرف مع الجهل بالغبن.

و على الجمله مـا ذكره المشـهور من الفرق فى مسـقطيه التصـرف بين مـا بعـد العلم بالغبن و بين ما قبل العلم بالغبن لا يرجع الى محصـل إذا كان غرضـهم الموضوعيه بل له وجه إذا كان غرضـهم الطريقيه و قـد ذكرنا سابقا أنه لا يفرق فى إبراز الاسـقاط بين المبرز الفعلى و المـبرز القـولى كمـا هو واضـح ثم انه لا ـ وجه لقيـاس خيـار الغبن بخيـار العيب و التـدليس فـان سـقوط الخيـار بالتصرف فى خيار العيب بالنص فاما يفسخ أو يأخذ الأرش

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۲

و اما فى خيار التـدليس فلا دليل فيرجع الى دليل الخيار هـذا كله فيما إذا كان المـدرك لهـذا الخيار هو دليل لا ضـرر و صـدق على هـذا التصـرف الاقدام على الضـرر فإنه مع هذا الصدق يسـقط الخيار فى صور العلم بالغبن و عدمه و أما إذا لم يصدق على التصـرف الاقـدام على الضـرر فلا يسـقط الخيار على كل تقـدير أى مع العلم بالغبن و عـدمه و هكذا إذا كان الدليل هو الشـرط الضـمنى فإنه ان كان التصـرف مصـداقا للإسـقاط يسـقط به الخيار و الّا فلا، فلا يفرق فى ذلك أيضا بين صورتى العلم بالغبن و عدمه

غایه الأمر أنه بناء علی الأول فالخیار مجعول شرعا و بناء علی الثانی فهو مجعول بجعل المتعاقدین.

و أما إذا کان المدرک هو الإجماع فهل هو غیر ثابت مع الرضاء أو یقال أن الشک فی الرفع لا الدفع فیستصحب کما ذکره المصنف فیه بحث ثمّ أمر بالتأمل و قد یقال ان الاستصحاب لا یجری هنا من جهه أن المدرک للخیار هنا هو الإجماع و قد حقق فی محله أنه إذا کان المدرک هو الدلیل اللبی فلا مطرح للاستصحاب فیکون دفعا لا رفعا و لکن یرد علیه أنه لا فرق عند التحقیق و عند المصنف فی جریان الاستصحاب بین کون دلیل الحکم هو الإجماع أو غیره کما حقق فی محله و قد یقال ان وجه الإشکال فی الاستصحاب هو کون الشک فی المقتضی أی لا یعلم وجود المقتضی للخیار مع التصرف للشک فی أن المستصحب له اقتضاء البقاء أم لا.

و فیه أن مورد الشک فی المقتضی ما إذا کان الشک فی نفس الزمان بأن لا یعلم مقدار بقاء المستصحب من حیث الزمان لا بقائه من حیث الزمانی و بالنسبه الی کل طار و عارض و الا لرجع کل ما یشک فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۳

الرافع الی الشک فی المقتضی.

و قد یقال بان الوجه فی عدم جریان الاستصحاب هو عدم بقاء الموضوع کما ذکره شیخنا الأستاذ فإن الموضوع فی المقام لیس ذات المغبون بل هو مع الرضا کما ان عنوان السفر و الحضر لهما دخل فی القصر و الإتمام و عنوان العداله له دخل فی جواز تقلید المجتهد بحیث یعد الفاسق موضوعا آخر غیر العادل و هکذا هنا فالوصف العنوانی یوجب تعنون الموضوع بعنوان خاص

و إن كان الموضوع حقيقه شيئا واحدا و لكن طرو الأوصاف المتغايره يوجب التعدد.

و لكن هذا أيضا ليس بصحيح و ان كان صحيحا فى المسافر و الحاضر و العادل و الفاسق فى مسأله التقليد إذ ليس لعنوان الرضاء دخل فى ثبوت الخيار بل هو ثابت لذات المغبون غايه الأمر أن التصرف الصادر عن الرضا مصداق للإسقاط نظير الإسقاط القولى.

بل الوجه فى عدم جريان الاستصحاب ما ذكرناه فى علم الأصول من عدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه فلو لا هذه الجهه لم يكن مانع فى جريان الاستصحاب هنا و كان الشك فى الرفع لا الدفع و لحكمنا معه بجريان الاستصحاب فافهم و إذا لم يتم الاستصحاب فترجع الى دليل لزوم العقد.

قوله الرابع من المسقطات تصرّف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن

اشاره

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق،

أقول نسب المصنف ره الى المحقق و من تأخر عنه سقوط خيار الغبن بالتصرف المخرج عن الملك بل هو المشهور بين المتأخرين بل يظهر ذلك من كلام الشيخ فى خيار المشترى مرابحه عند كذب البائع أنه لو هلك السلعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۴

أو تصرف فيها سقط الرد و استظهره المصنف اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن على حد ما استظهره من جامع المقاصد فى شرح قول الماتن و لا يسقط الخيار بتلف العين.

و كيف كان انما الكلام فى دليل ذلك

اشاره

فنقول

إن كان المدرک لخيار الغبن هو الإجماع

فيمكن أن يقال ان الإجماع دليل لبى فالمتيقن منه انّما هو فرض بقاء العين و أما فى فرض تلف العين فلا إجماع فى البين على أن هذا الفرع ليس معنونا فى كلمات القدماء فكيف يمكن دعوى الإجماع التعبدى على ذلك و ان كان يمكن استظهاره من بعض كلماتهم كما استظهره المصنف من الشيخ ره.

و ان کان المدرک هو دلیل لا ضرر

اشاره

و هو ثابت فی هذه الصوره أیضا لأن لزوم هذا العقد ضرر علی المغبون فیرتفع بدلیل نفی الضرر و من الواضح أن متعلق الفسخ هو العقد فیفسخ العقد و یرد مثل العین الی الغابن و هکذا الحال فیما إذا کان دلیل الخیار هو الشرط الضمنی فإنه موجود فی صورتی بقاء العین و تلفها

و لکن الکلام فی أنه علی القولی بکون مدرک الخیار هو دلیل لا ضرر أشکل علیه بوجهین

الأول أنه یسقط الخیار مع التصرف فی العین تصرفا مخرجا عن الملک

فإنه اقدام علی الضرر فمعه یسقط الخیار.

و فیه ما ذکره شیخنا الأنصاری ناقلا عن شیخنا الشهید ره بأن الضرر الموجب للخیار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التّصرف مع الجهل بالضرر لیس اقداما علی الضرر فان الخارج عن عموم نفی الضرر لیس إلا صوره الاقدام علیه عالما به فیجب تدارک الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العین مع بقائها علی ملکه و بدلها مع عدمه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۵

و علی الجمله فمثل هذا التصرف الواقع فی حال الجهل لیس اقداما علی الضرر إلّا إذا قامت قرینه علی ذلک فإنه یوجب سقوط الخیار علی النحو الذی تقدم فی المسقط الثالث و عدم بقاء العین لا یضر ببقاء الخیار لان متعلقه العقد کما عرفت مفصلا دون العین.

الوجه الثانی أن عدم سقوط الخیار بمثل هذا التصرف المخرج عن الملک ضرر علی الغابن أیضا

فیکون مشمولا لدلیل نفی الضرر و ح- فیتعارض دلیل لا ضرر بالنسبه إلیهما و یتساقط و هو واضح فالوجه الأوّل ناظر الی منع المقتضی و الوجه الثانی ناظر إلی إبداع المانع و فیه أیضا ما ذکره شیخنا الشهید من أنه لا ضرر فی ذلک علی الغابن لا العین المبیعه ان کانت مثلیه فلا- ضرر علیه لأنه یأخذ المثل و ان کانت قیمیه فیأخذ القیمه و علی کل حال لا ضرر علی الغابن غایه الأمر تفوت الأوصاف الشخصیه الغیر الدخیله فی زیاده القیمه و لیس فیه ضرر علی الغابن و ان کان مثل تلک الأوصاف أیضا موردا لغرض الغابن بشخصه کما إذا کان کتابا مختوطا بخط أبیه فإنه خصوصیه شخصیه و له دخل فی الغرض الشخص و لکنها لا توجب التفاوت فی القیمه السوقیه کما هو واضح.

و تحصل أنه لو تصرف المغبون فى العين جهلا

تصـرفا مخرجا عن الملك لا يوجب هـذا التصـرف سـقوط الخيار بناء على كون مـدرك الخيار هو دليل نفى الضـرر أو الشـرط الضمنى إلّا إذا قامت قرينه على كونه اقداما على الضرر أو مصداقا لسقوط الخيار فإنه ح يسقط الخيار بذلك.

قوله ثمّ ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشترى

أقول الظاهر هو عدم الفرق بين كون المغبون هو البائع أو المشترى بناء على كون المدرك هو دليل نفى الضرر أو الشرط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۶

الضـمنى فـإنه على كلاـ التقـديرين لعموم الـدليل بهمـا نعم بناء على كون مـدرك الخيار هو الإجماع لا يشـمل ذلك البائع لأن المـذكور فى كلمـاتهم هو المشترى فيكون هـذا حكمـا تعبـديا مختصـا بالمشترى كما هو واضـح و لكن قـد عرفت عـدم وجود الإجماع التعبدى فى المقام.

قوله و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فكّ المالك كالعتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء كالاستيلاد

أقول بناء على عـدم ثبوت الخيار بالتصـرّف المخرج عن الملك لا فرق فيه بينما يكون التصـرّف موجبا لاعدام العين كأن اشترى الخبز المساوى بسته فلوس بخمسين فلسا فأكله أو كانت العين باقيه و لكن زالت الملكيه عنها كما إذا اشترى عبدا فأعتقه ثمّ علم بـالغبن أو كـانت العين بـاقيه مع وصف الملكيه و لكن كـانت ملكـا للغير كمـا إذا باعهـا المغبون من غيره بالبيع اللازم أو كانت العين بـاقيه فى ملـك المغبـون أيضـا و لكن تصـرف فيهـا تصـرفا أوجب ذلـك التصـرف المنع عن الرجوع كمـا إذا اشـترى أمه فاسـتولدها فـان التعين لم تتلف و لم تزل عنهـا الملكيه أيضا و لكن وجـد فيها وصف أوجب المنع عن ردها الى الغابن فإنه على القول بعـدم سـقوط الخيار بالتصـرف المخرج عن المالك جهلا لا يفرق بين هذه الصور بل يبقى الخيار على حاله كما أنه على القول بعدم بقائه أيضا لا يفرق بين هذه الصور.

و هل يلحق بما ذكر نقل العين الى غيره بالعقد الجائز أو التدبير و الوصـيه أم لا ذكر المصنف ما صرّح به جماعه أن الناقل الجائز لا يمنع الرّد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصيه من التصرفات

الغیر الموجبه للخروج عن الملک فعلا.

و ذکر شیخنا الأستاذ أن فی مورد النقل یمتنع الفسخ ما دام العین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۷

المغبون فیها خارجه عن ملک المغبون و لو کان النقل جائزا لأن الفسخ یقتضی رد العین من ملک الفاسخ الی ملک المفسوخ علیه ورد بدلها من ملک المفسوخ علیه الی ملک الفاسخ و العین إذا لم تکن ملکا للفاسخ یمتنع الرد و لکنه تسلم إمکان الرّد فی التدبیر و الوصیه لأن نفس الفسخ ابطال لهما.

أقول یمکن أن یقال ان النزاع بأنه یمکن أن یقال یمکن الفسخ فی مورد النقل بالعقود الجائزه کما ذهب الیه شیخنا الأنصاری أو یستحیل کما ذهب الیه شیخنا الأستاذ خارج عن المقام أصلا و لا موضوع لهذا البحث و ذلک لان من یفسخ العقد یقصد مع ذلک رد العین إلی البائع فما یفسخ به العقد من الفعل أو القول یکون ذلک إنشاء لفسخ العقد الذی غبن فیه المغبون و أیضا إنشاء للعقد الجائز الناقل للعین الی غیره فیکون فعله هذا أو قوله الذی یقع به الفسخ مبرزا لفسخ عقدین العقد اللازم الذی وقع فیه الغبن و العقد الجائز الناقل للعین الی غیره و بعباره أخری أن المغبون إذا فسخ العقد یقصد بذلک رد العین الی الغابن و معنی رد العین الی الغابن لیس الا فسخا للعقد الجائز فیکون فسخ المغبون العقد الذی وقع فیه الغبن بالالتزام فسخا للعقد الجائز أیضا و علیه فلا موضوع لما ذکره المصنف من إمکان الرد و لا لما ذکره شیخنا الأستاذ من عدم إمکان الفسخ هذا کله لا اشکال فیه.

و أما إذا نقل المغبون العین الی غیره بالإجاره فهل یبقی الخیار مع ذلک أم لا

أما بناء علی بقاء الخیار مع ما ذکرناه من النواقل اللازم و

الجائزه فواضح لا ـ شبهه فيه و أما على القول بعدم بقاء الخيار مع الأمور المذكوره فهل يبقى الخيار هنا أم لا فالظاهر هو بقاء الخيار و ذلک لأن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۸

العين باقيه فى ملک المغبون و ليس عن ردّها الى الغابن مانع أصلا و ليس المقام مثل الأمور السابقه الناقله للعين الى ملک الغير نقلا لازما أو نقلا جائزا و لا أن هنا مانعا عن الرّد كالاستيلاد غايه الأمر أن العين مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه فيفسخ المغبون العقد و يملک الغابن العين و لكن مسلوبه المنفعه إلى مده معلومه على انک عرفت أنه مع عدم إمكان ردّ العين أيضا يمكن لان متعلقه هو العقد دون العين الخارجيه كما لا يخفى.

و على الجمله أن التصرف المخرج عن الملک حقيقه أو حكما لا ـ يمنع عن بقاء الخيار و هكذا التصرف فى المنفعه كما فى الإجاره بل عدم سقوط الخيار هنا أولى.

ثمّ انه لو امتزجت العين بشى ء آخر ثمّ علم الغبن فهل يوجب ذلک سقوط الخيار أم لا

و على تقدير ان لا ـ يكون موجبا لسقوط فهل يكون ذلک مانعا عن الرّد أم لا و هنا مسألتان الاولى فى أن الخيار هل يبقى مع الامتزاج أم لا ـ و الثانيه أنه مع القول بالبقاء هل يكون ذلک مانعا عن الرّد أم لا أما المسأله الاولى فقد ظهر حكمها من السابق حيث عرفت أن التصرف الموجب للتلف موضوعا أو حكما لا يكون سببا لسقوط الخيار و كذلک فى المقام سواء كان الامتزاج بالأعلى أو بالأدنى أو بالمساوى و سواء اختلط بمال المشترى المغبون أو بمال غيره و ذلک لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين حتى يلزم من تلفه أو انتقاله الى شخص أخر انتفاء موضوع الفسخ و أما

أن الامتزاج مثل التصرف المخرج عن الملك فمن جهه أن الامتزاج يوجب خروج العين عن الملك لإتمامها بل ببعضها و بهذا الخروج تحصل الشركه الإشاعه فينتقل بعض من كل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۵۹

من الممتزجين بعضا مشاعا الى ملك مالك الآخر فتصبح العين بينهما مشتركه على وجه الإشاعه.

و أما المسأله الثانيه فهى أنه هل يمكن الرّد هنا أم لا فنقول أما إذا لم يرض الغابن لما امتزجه سواء كان الامتزاج بالأعلى أم لا فلا شبهه فى انتقال حقه الى المثل أو القيمه فإن ما أخذه المغبون من الغابن لم يكن ممتزجا بغيره و لم يكن مشتركا بينه و بين غيره فالشركه عيب فى ماله فله أن لا يقبله و يطلب من المغبون مثله أو قيمته فإنه حين ما سلمه الى المغبون لم يكن معيوبا بهذا العيب كما هو واضح.

و على الجمله فللغابن أم لا يرض بالممتزج و طلب منه غيره و ان رضى بذلك فليس للمغبون أن يمنع من أدائه لأن الشركه و ان كانت عيبا فى المال و موجبه لانتقال بعض مال الغابن الى المغبون لحصول الإشاعه بذلك الا أنه مع ذلك متعلق حقه و ماله غايه الأمر ماله المعيوب بعيب حصل بفعل المغبون و له مطالبه نفس ذلك و ليس للمغبون أن يمنع من رده لان الغابن له أن يسقط ما كان فى ماله من القيمه عن العيب الذى هو الشركه و ليس ذلك اعتبار وصف زائد فيه حتى يكون ذلك عنايه زائده و لا يكون للغابن حق المطالبه. و الأمر كذلك فى جميع المقامات التى يشترط المشترى كون المبيع واجد الوصف الكمال و لكن فى مقام التسليم و التسلم يغمض

النظر عن حقه و لا- يطلب الواجد للوصف كما لا يخفى مثلا لو فرضنا أن زيدا اشترى عبدا كاتبا من عمرو و هو عند المطالبه يطالب عبدا فاقدا للكتابه و يغمض عن جهه الكتابه لأنه إغماض عن حقه و ليس للبائع إجباره و بالعبد الكاتب مثلا إلا إذا كان الواجد للوصف مباينا مع الفاقد كفرش كاشان مع فرش همدان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۰

فإنه لو وقعت المعامله على فرش كاشان و رضى البائع بفرش همدان و لكن لا يرض المشترى بفرش همدان اما لعدم وجوده عنده أو من جهه أخرى فإنه ليس له أن يجبر البائع بذلك و ان كان إغماضا عن الحق بل ينفى البيع الأول فى تسليم فرش همدان بل يحتاج إلى معامله أخرى لأنها بجوده الأول و ردائه الثانى من المتباينين و هذا بخلاف ما كان الوصف وصف الكمال فقط كما إذا كان المبيع الحنطه الفلانيه التى جيده و رضى البائع بالحنطه الفلانيه التى رديه و رضى المشترى بالردى فإنّه ليس للبائع إجباره بالجيّد لأن المبيع شى ء واحد غايه الأمر قد اعتبر فيه وصف الكمال فيسقط المشترى هذا الشرط فلا محذور فيه كما لا- يخفى فافهم و تأمل و من هنا ظهر حكم لو تعيب المبيع بفعل المغبون و لم يخرج عن ملكه فإنه لو لم يرض به الغابن لا بدّ له من إعطاء المثل أو القيمه و أما لو رضى به فليس للمغبون إجباره بالمثل أو القيمه بدعوى أنه صار معيبا و ذلك لان العيب ليس مانعا عن مطالبه الغابن ماله كالامتزاج غايه الأمر أن حصول العيب يجوز له مطالبه المثل أو القيمه مع عدم الرضاء بالمعيب و أما

مع الرضاء به فليس لأحد أن يمنعه من ذلك لكونه ماله كما هو واضح.

و أما لو زادت العين فقد تكون الزياده عينيه و قد يكون حكميه و أما إذا كانت الزياده عينيه كما إذا اشترى حيوانا صغيرا فصار شابا كبيرا أو اشترى حيوانا هزالا ـ فصار سمينا أو اشترى شجرا صغيرا فصار كبيرا فهل تكون مثل هذه الزياده مانعه عن ثبوت الخيار للمغبون و عن الرد على تقدير ثبوت الخيار أم لا الظاهر أنه لا يمنع ذلك عن ثبوت الخيار و لو كان مغبونا حين العقد لما عرفت أن الفسخ قد تعلق على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۱

العقد دون العين فيمكن فسخ العقد مع ذلك و أما ردّ العين فالظاهر أنه ليس للغابن رد العين على هذه الحاله بل لا بدّ اما من الرضاء بالمثل أو القيمه أو الرضا بالعين على هزالتها و صغرها مثلا و تكون الزياده للمغبون لحصولها فى ملكه فتحصل الشركه و يكونان شريكين للعين بحسب حصتهما كما هو واضح فافهم و تأمل.

و قد عرفت أن الامتزاج ليس مانعا عن رجوع الغابن الى ملكه و لكن نقول انه يكون مانعا عن ذلك و تفصيل الكلام أن الشركه قد تكون بمعنى كون كل من الشريكين مالكا لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها بحيث يكون حق كل منهما معلوما عند اللّه و لعلّ هذا هو المعروف بين الأصحاب الثانى: أن يكون كل من الشريكين مالكا لمجموع العين المشتركه ملكيه ناقصه و الفرق بين الأول و الثانى أن ملكيه المالك فى الوجه الأول مستقله لما عرفت أنه مالك لمجموع النصف مستقلا و لكن المملوك ناقص فإنه هو النصف و أما فى الوجه الثانى فالمملوك مستقل

و هو مجموع العين المشترکه و لکن مـالکیه المالـک نـاقصه فـإن کـل منهمـا نصف المالـک و المجموع مجموع المالک منهما مالک واحد مستقلا کما هو واضح.

إذا عرفت ذلـک فنقول ان الامتزاج أیضا مانع عن الرّد کبقیه النواقل اللازمه و ذلک لأنه یوجب الشـرکه بحسب السـیره العقلائیه لیکون کل جزء مشترکا بین الشـریکین الی ان ینتهی الأمر الی الاجزاء الصـغار التی لا تفید القسمه بالآله التی لا یعتبر لها العقلاء المـالیه فیکون الاـمتزاج من أسـباب الشـرکه و فاقـدا عن الرد فأمـا علی الاحتمـال الأـول من وجهین الشـرکه فمن جهه أنه ینتقل بالامتزاج نصف مال کل من الشـریکین إلی الأخر و بالعکس فیکون کل جزء مشترکا بین الشریکین واقعا و ما قیل أنهما یکونان مشترکین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۲

فی الظـاهر فلاـ وجه له إذ لیس الواقع مجهولاـ لنـا حتی نقول بـالملکیه الظـاهریه و علیه فیکون الامتزاج مثل سائر النواقل اللازمه مانعه عن الرد فینتقل الضمان الی البدل من المثل أو القیمه.

و علی الوجه الثانی من وجهین الشـرکه فربما یتوهم أن المملوک هنا شی ء واحد و لکن المالکیه ناقصه فلا مانع من الرد و لکنه واضـح الفساد أیضا بـداهه أن مالکیه کل من الشـریکین ناقصه بالنسـبه إلی المملوک و أن کل واحد منهما نصف المالک علی مجموع العین فمـالکیه کل من الشـریکین المسـتقله انتقلت الی الشـریک الآخر فبالعرض یکون المملوک أیضا منتقلا الی الآخر بمعنی أن العین تکون مملوکه للشـریک الآخر مجموعا بنصف المالکیه و لم تکن العین قبل الشـرکه کذلک و منتقله إلی الآخر فالنقل متحقق علی کل تقدیر کما هو واضح و علیه فلا یمکن رد العین أیضا لکون المقام کسائر النواقل اللازمه.

ثم انه لو انتقل المبيع بناقل لازم أو جائز إلى غيره ثم رجع الى ملكه فهل للغابن مطالبه ذلک

و ليس للمغبون منعه عن رده أو ليس له مطالبته و ان ذلک أيضا مانع عن الرد أو يفصل بين ما كان الإرجاع بسبب جديد كالشرى و التوارث و الهبه فلا يرجع اليه الغبن أو بسبب هو من شؤون السبب الأول كالفسخ و الإقاله و نحوهما فله حق الرجوع الى المغبون وجوه و قد ذكر شيخنا الأستاذ تفصيلا فى المقام و تفصيل المقام فى جهتين الاولى فى ثبوت الخيار و الثانى فى رد العين أما الأول فلا شبهه فى ثبوت الخيار ح لعين ما تقدم فإنك قد عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد دون العين فالعين سواء كانت باقيه أو تالفه فالخيار على حاله و مع الفسخ يرجع الى العين مع البقاء و الا فإلى المثل أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۳

القيمه ففى المقام على فرض أن نقول أن رجوع العين الى ملک المغبون بعد انتقالها الى غيره مانعه عن الرد فلا مانع أيضا من ثبوت الخيار كما لا يخفى فافهم. و أما الجهه الثانيه فسيأتى الكلام فيه فى تصرف الغابن هذا كله فى تصرف المغبون.

و أما لو تصرف الغابن فى العين التى انتقلت اليه بالنواقل اللازمه كالبيع و الهبه لذى رحم و الهبه المعوضه و نحوها من النواقل اللازمه فهل يوجب ذلک سقوط الخيار و عدم جواز رد العين أم لا أما سقوط الخيار فلا وجه له أصلا فإنا لم نقل بسقوطه بتصرف المغبون الذى هو ذى الخيار مع أن للسقوط فيه وجه فكيف بسقوطه بتصرف الغابن الذى عليه الخيار فالخيار باق على حاله كما هو واضح لا يخفى و أما بالنسبه إلى رد العين أى فهل للمغبون رد العين التى نقلها

الغـابن الى غيره بالنواقـل اللازمه أم لا ففيه وجوه الأول تسـلط المغبون على ابطال ما أوجـده الغابن من أصـله الثانى تسـلطه على إبطاله من حين الفسخ الثالث لا هذا و لا ذلک بل إذا فسخ المغبون و کانت العين منتقله إلى شـخص آخر بناقل لازم کالوقف و العتق و نحوهما فيرجع الى البدل من المثل أو القيمه.

أما مدرک القول الأول أعنى البطلان من رأسه فمن جهه أن العقد الذى أوقعه الغابن فإنما أوقعه فى متعلق حق الغير کما فى بيع الرهن فيکون ذلک موجبا لتزلزل العقد من الأول و عليه فمقتضـى قانون الفسخ هو تلقى الملک من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشترى الثانى و ح فيکون الفسخ إبطالا لعقد الغابن ليمکن رد العين من الغابن بمقتضى العمل بقانون الفسخ کما هو واضح فان معاملته لا يزيد على المعامله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۴

الفضوليه و على بيع الراهن العين المرهونه فيکون الفسخ راد لذلک.

و أما مـدرک القول الثانى أن العقـد انما وقع على العين التى هى متعلق حق الغير لثبوت حق المغبون بأصل المعامله الغبنيه و انما يظهر له بظهور السـبب فللمغبون استرداد العين إذا ظهر السـبب و حيث وقع العقـد فى ملک الغابن فلا وجه لبطلانه من أصـله بل يبطل من حين الفسخ و بعباره أخرى أن الجميع بين دليل سـلطنه الناس و دليل الخيار يقتضى نفوذ تصرفات الغابن ما لم تبلغ حد المزاحمه لحق المغبون فإذا بلغ هذا الحد اقتضى دليل الخيار السلطنه على فسخ المعامله و أخذ العين عمن کانت بيده.

و أما مدرک القول الثالث فهو أنه لا وجه لتزلزل عقد الغابن حتى يکون فسخ العقد الأول فسخا

له اما من أصله أو من حين الفسخ بل نقول بلزوم عقد الغابن و رجوع المغبون بعد فسخ عقده الى البدل من المثل أو القيمه و ذلک اما من جهه أن التصرف فی زمان خيار الغير المتصرف صحيح لازم كما هو الحق و سيأتی فی أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل و اما من جهه عدم تحقق الخيار قبل ظهور العيب كما تقدمت الإشاره اليه و سيأتی التعرض له فی أحكام الخيار.

أما الوجه الأول فيمكن المناقشه فيه أن هذا انما يصح إذا قلنا ان متعلق الفسخ هو العين فإنه ح يكون الفسخ المغبون إبطالا لعقد الغابن من الأول لكون العين متعلقه بحقه فيكون الفسخ ردا لها من الأول فيحكم ببطلان عقده من رأسه كما هو واضح و لكن الأمر ليس كذلک بل متعلق الفسخ انما هو العقد كما عرفت و عليه فلا مجال لبطلان عقد الغابن بناء على الأول يكون عقد الغابن كعقد الفضولی لكون العين متعلقه لحق الغير كالعين المرهونه إذا باعها الراهن فإن الفضولی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۵

ليس منحصرا ببيع مال الغير بل يعم بيع متعلق حق الغير أيضا و عليه فيكون فسخ المغبون ردا لبيع الغابن من الأول و لكن قد عرفت أن الأمر ليس كک على أن كون المقام بمنزله الفضولی يقتضی أن لا يكون عقد الغابن صحيحا مع عدم الإمضاء ان لا يكون بطلانه متوقفا على الرد فقط فانا لو فرضنا أن المالک لم يلتفت الى العقد الفضولی حتى مات فهل يتوهم أحد أن ذلک العقد يكون صحيحا، نعم لو التفت الى العقد الفضولی و مع ذلک سكت فيمكن أن يكون سكوته اجازه فافهم.

و أما الوجه الثانی فيرد

عليه أن متعلق حق الخيار ان كان هو العين فتكون تصرفات الغابن مراعاه بإجازه المغبون العقد الفضولى فإن أجاز صحت تصرفاته و الا فتكون باطله من الأول و على الثانى فتكون تصرفات الغابن نافذه سواء فسخ المغبون العقد أم لا فلا وجه لإبطال عقد الغابن من حين الفسخ أصلا لأنه اما أن يكون باطلا من الأول أو أنه صحيح لا يبطل أصلا كما هو واضح و إذا بطل الوجهان ثبت الوجه الثالث و قد عرفت و سيأتى فى أحكام الخيار أن تصرفات من عليه الخيار نافذه من دون توقف على اجازه المغبون و عليه فإذا فسخ المغبون العقد و كانت العين منتقله إلى الغير بتصرف الغابن فيرجع المغبون الى المثل أو القيمه نعم لا يجوز لمن عليه الخيار فى العين فى البيع الخيارى كما عرفت فإنك قد عرفت أن بناء المتعاقدين فى مثل ذلك على بقاء العين كما هو واضح.

و أما الاستيلاد فهو لا يمنع عن ثبوت الخيار و لا يوجب سقوطه لما عرفت أن متعلق الفسخ هو العقد فيفسخ المغبون العقد و يرجع اما الى العين أو البدل و أما بالنسبه إلى رد العين بان يقال هل يكون الاستيلاد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۶

مانعا عن رد الأمه نفسها أو لا فقد احتمل المصنف جواز الرد و عدم كون الاستيلاد مانعا عن الرد من جهه أن سبب حق الخيار سابق على الاستيلاد فلذى الخيار رد العين بعد الفسخ و لكن الظاهر عدمه فان حق الاستيلاد يرفع موضوع حق الخيار و ان كان متقدما فلا يوجب تقديمه جواز الرد إذ ليسا هما الى حق الخيار و حق الاستيلاد من المتزوجين حتى يتقدم حق الخيار

لتقدم سببه بل حق الاستيلاد يرفع موضوعه حتى مع تقدم حق الخيار فإنه ورد فى الشريعه المقدسه أن أم الولد لشرافتها لا تخرج عن ملك مولاها إلا فى قيمه رقبتها و من الواضح أن النفى يعم جميع أنحاء الخروج عن الملك و لو بفسخ العقد كما هو واضح لا يخفى و عليه فالاستيلاد مانع عن الرد.

و أما العقد الجائز فهل هو مانع عن ثبوت خيار المغبون أو رد العين أم لا كما إذا تصرف الغابن فى العين المنتقله إليه بعقد جائز بأن وهبها لشخص بهبه جائزه فهل يوجب ذلك سقوط خيار المغبون أو يمنع ذلك عن جواز رد المغبون العين بالفسخ أم لا أما سقوط الخيار فقد اتضح مما تقدم أنه باطل فان التصرف بالعقد الناقل اللازم لا يوجب السقوط فالعقد الجائز كيف يكون موجبا لذلك و السر فيه ما تقدم أن تصرف نفس ذى الخيار لا يوجب السقوط لكون الفسخ متعلقا بالعقد و كيف تصرف الغابن.

و أما رد العين فحكم عقد الجائز هنا بالنسبه إلى رد العين غير حكم عقد الجائز فى تصرف المغبون و ذلك لأنك قد عرفت أن فسخ المغبون مع قصد رد العين الى الغابن و الالتفات بان الفسخ يستلزم رد العين اليه يكون فسخا لكلام العقدين أى أصل العقد و عقد المغبون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۷

اعنى العقد الجائز الذى هو محل الكلام هنا و بعباره أخرى الفسخ الواحد يكون مبرزا لفسخ كلا العقدين و لكن لا يجرى ذلك فى المقام حيث ان العقد الجائز هنا انما صدر بفعل الغابن و فى ملكه و فسخ المغبون أصل العقد و لو مع قصد رد العين لا يكون فسخا لعقد

الغابن لو صرح المغبون بأنى فسخت عقد الغابن أيضا لا يفيد الا أن يفسخ الغابن بنفسه فإنه ينفسخ بفسخه فهذا الوجه لا يفيد.

و قد ذكر صاحب المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فان امتنع فسخه الحاكم و ان امتنع فسخه المغبون و تنظر فيه المصنف بأن فسخ المغبون أصل العقد اما بدخول العين فى ملكه و اما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجه الى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول مما استحقه بالفسخ الى غيره ثم قال اللهم الا أن يقال انه لا منافاه لأن البدل المستحق بالفسخ انما هو للحيلوله فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها ثم قال لكن ذلك انما يتم مع كون العين باق على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل البدل. على انا لم نقل ببدل الحيلوله لعدم الدليل عليه كما عرفت فى محله سابقا و التحقيق أنه لا دليل على تسلط المغبون على إرجاع العين إذا فسخ العقد إذا كانت العين منتقله إلى غيره من الغابن سواء كان الانتقال بعقد لازم أو جائز فإن المغبون ليس له أزيد من التسلط على فسخ العقد ورد العين إذا كانت غير منتقله إلى شخص آخر و الا فلا دليل على إجبار الغابن على فسخه عقده الجائز و مع امتناعه يفسخ الحاكم و مع عدمه يفسخ المغبون كما هو واضح فإنه ليس للمغبون شى ء من ذلك لعدم الدليل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۶۸

عليه و حق فسخه انما تعلق بالعقد دون العين حتى يقال ان العين مورد لحق المغبون.

و الحاصل أنك قد

عرفت أنه يقع الكلام فى مقامين الأول فى فسخ المغبون العقد قبل رجوع العين الى ملك الغابن و الثانى فى فسخه بعد رجوعه اليه أما الأول فقد عرفت أنه لا وجه لانفساخ عقد الغابن أو فسخه لأنه انما وقع فى ملكه بل يرجع المغبون الى البدل نعم بناء على بدل الحيلوله يمكن أن يكون أخذ البدل من جهه الحيلوله بين المالك و انتفاعه عن العين و لكنه مضافا الى بطلان القول بالبدل الحيلوله أنه فرق بين المقام و بين موارد بدل الحيلوله كما عرفت.

و أما إذا كان الفسخ بعد رجوع العين الى ملك الغابن بأن كانت العين منتقله إلى الغير ثم رجعت الى ملك الغابن فهل للمغبون أن يأخذ العين من الغابن أو ليس له ذلك فالظاهر من المصنف و صريح شيخنا الأستاذ هو التفصيل بين ما إذا رجعت العين الى الغابن بسبب جديد و بين ما رجعت اليه بزوال السبب الذى به انتقلت العين الى الغير كفسخ العقد و إقالته فإنه على الأول التزما بعدم جواز رجوع المغبون الى العين بل لا بد و أن يرجع الى البدل من المثل أو القيمه و على الثانى فله الرجوع الى العين و ذكر شيخنا الأستاذ أن كلام الشافعى من العائد الزائل كأنه لم يزل أو كأنه لم يعدله وجه هنا و ليس نقله لمجرد حسنه كما أورده بعض على المصنف فإنه على الأول فالزائل العائد كأنه لم يعد فإنه إذا كان العود بسبب جديد فيفرض الزائل العائد كأنه لم يعد الى الغابن و أما على الثانى فكأن الزائل العائد لم يزل أى كأن العين لم ينتقل من ملك الغابن الى شخص آخر و لم يزل

مصباح

من ملكه بل هى باقيه على ملكه على السبب الذى انتقل اليه بهذا السبب.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين الصورتين فإنه على كلا التقديرين يرجع المغبون الى العين لكونها متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك المغبون فله الرجوع إليها و ليست الملكيه قابله للرد حتى يقال أن الملكيه الزائله كالذى لم تزل أو كالذى لم تعد أو يقال بأن قانون الفسخ هو تلقى الملك من الغابن على النحو الذى تلقاه من المغبون بل هى إذا زالت، زالت بالكليه و لم تعد بعد و انما الكلام فى كون العين متعلقه لحق المغبون فإذا وجدت فى ملك الغابن يرجع إليها كيف ما كان و قد ذكر ذلك السيد ره هذا كله فيما إذا كان التصرف موجبا للخروج من الملك و أما إذا لم يكن التصرف موجبا للخروج عن الملك فقد قسمه المصنف إلى أقسام الأول أن لا- يكون موجبا للتغير بوجه لا من حيث الزياده و لا من حيث النقيصه و هذا خارج عما نحن فيه فإنه لا شبهه فى عدم منعه عن الرد و اما أنه يوجب النقيصه أو يوجب الزياده و قد يكون موجبا للامتزاج و أما على تقدير كونه موجبا للنقيصه فذلك قد يكون بنقصان جزء من المبيع و أخرى بنقصان وصف الصحه و ثالثه بنقصان وصف الكمال بحيث لها دخل فى زياده الماليه و رابعه بنقصان وصف ليس دخيلا- فى زياده القيمه أصل أما الأخير فهو أيضا خارج عن المقام فإنه لا يوجب شيئا أصلا كما أن المبيع كان واجدا لوصف غير دخيل فى زياده الماليه و قد فقد بالفعل كأن يكون عبدا كان يجب المحل

البارد و فعلا لا يحبه و أما الوجه الأول أعنى النقصان بنقصان جزء المبيع فلا شبهه أيضا فى أنه يرجع المغبون إلى البقيه و يأخذ البدل للجزء الفائت لكونه تالفا و أما المتوسطان

أعنى ما كان الفائت هو وصف الصحه أو وصف الكمال فقد فصل المصنف فيهما بين فوات وصف الصحه و التزم بلحوقه بالجزء الفائت و بين فوات وصف الكمال و التزم برجوع المغبون الى العين بدون شى ء فيه أصلا.

ثم ترقى المصنف و الحق بوصف الكمال ما لو وجدت العين مستأجره فان على الفاسخ الصبر الى أن ينقضى مده الإجاره و لا يجب على الغابن بدل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المده بعد الفسخ لأن المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ بالمنفعه الدائميه تابعه للمالك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعه العين بأسرها ثم ذكر أنه يحتمل انفساخ الإجازه فى بقيه المده لأن ملك منفعه الملك المتزلزل متزلزل و هو الذى جزم به المحقق القمى إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع ثم اشكال على ذلك بمنع تزلزل ملك المنفعه نعم ذكر العلامه فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستاجره كانت الأجره للمشترى المؤجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمده الباقيه بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب.

أقول أما ما ذكره من الفرق بين وصف الصحه و التزم بالأرش و بين وصف الكمال و التزم بالرجوع الى العين بدون شى ء لا يرجع الى محصل و ذلك لان الأوصاف مطلقا سواء كانت أوصاف الصحه أو أوصاف الكمال ان كانت تقابل

بالمـال فلا بـد من الرجوع الى الأرش فى كليهما و الا فلا و اذن فلا وجه للفرق بين وصف الصـحه و بين وصف الكمال و حيث ذكرنـا مرارا و سـتعرف فى أحكـام الشـروط أن الأوصـاف مطلقـا لاـ تقابل بالمال فاذن فلا وجه للرجوع إلى الأرش بل إذا رجع المغبون الى العين و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۱

واجـده لهـا و يرجع الى التفـاوت بينهما لا أن الأوصاف لها قيمه فيرجع إليها. على أنه لو كانت الأوصاف تقابل بالمال فمقتضـى القاعـده أن تنقص من الثمن سواء طـالب المغبون أم لاـ لاـ أن يرجع الى الغـابن و يؤخـذ منه الأرش و أما ثبوت الأرش فى خيار العيب مع المطالبه فمن جهه النص.

و بعباره أخرى أن التفرقه بين وصف الكمال و وصف الصـحه انّما يكون بأحد الوجهين الأول كون وصف الصـحه بمنزله الجزء الفـائت بـأن يقع مقـدار من الثمن بإزائه بحيث لازمه ان ينقص من الثمن مع فوته عنـد الغابن دون وصف الكمال و لهـذا ممّا لم يلتزم به المصنف بل و لا يمكن الالتزام به لأن الأوصاف و ان كانت موجبه لزياده ماليه المال الا أنها لا تقع فى مقابلها شى ء من العوض فى عقـد المعاوضه و ثبوت الأرش فى خيار العيب فى مقابل وصف الصـحه انّما هو بالتعبد لا من جهه وقوع الثمن بإزائه و الا كان اللازم رد بعض من خصوص الثمن.

و الوجه الثانى أن يكون زوال وصف الصـحه تحت اليد موجبا للضـمان دون وصف الكمال فيقال بان الضـمان المعاوضـى و ان تبدل بضمان اليد بعد القبض الا أن تبدله انما هو فى خصوص العين و وصف الصحه دون وصف الكمال و هذا أيضا

ممّا لا يمكن الالتزام به لأنه لا فرق بين الأوصاف فى أنها بأجمعها مضمونه على المفسوخ عليه كما تكون مضمونه على الغاصب لان وجه الضـمان فى البابين انما هو قاعده ضمان اليد و أنه لا بد من رد العين على الوجه الذى وضع الغاصب عليه اليد ففى كل مورد كانت اليـد يـد ضـمان فلا و أن ترد العين على النحو الذى أخذت و حيث كانت فاقده لجهه دخيله فى ماليه العين فلا بد و أن تقوم العين واجده لها و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۲

فاقـده لهـا و يؤخـذ التفـاوت و على الجمله لو تمت هـذه القاعـده لا يكون ضـمان لوصف الصـحه أيضا بل العين لان كلا منهما ملك الغابن و تلف تحت يده مع أنه ضامن بلا شـبهه و كيف كان فمقتضـى قاعده ضـمان اليد هو الرجوع الى الغابن على العين على النحو الـذى وضع الغابن يـده عليها فان كانت موجوده صـحيحه أخـذت العين و الا فالبدل بالمقدار الذى فاتت عنها كلا أو جزء كما لا يخفى فافهم.

لاـ يقـال أو يوم الفسـخ هو يوم الضـمان و من الواضـح أن المعين فى هـذا اليوم فاقـده للوصف فلاـ يكون وصف الصـحه تحت الضـمان فإنه يقال أن الضـمان المعاملى الذى هو المعنى فى كل عقد يضـمن بصحيحه يضمن بفاسده موجود من الأول فلا بد و أن يخرج من عهدته كما إذا تلفت العين قبل الفسخ بلا عيب و نقصان فان المغبون يرجع بعد الفسخ على العين الصـحيح عينا أو بدلا فافهم.

و أمـا مـا أورد على المحقق القمى من عـدم كون الملكيه متزلزله من الأـول فى عقـد الإجـاره صـحيحه و لكن ليس لازمه أن لا يكون للمغبون

الا ـ العين الخـاليه عن المنفعه و الا ـ فربمـا يكون الغبن فى إرجاع العين بلا منفعه إلى نهايه مـده الإجاره أكثر من الغبن فى أصـل العقـد و لا أنه لنا دليل على الرجوع الى أجره بقيه المـده كما ذكره فى القواعد بل مقتضـى قانون الفسخ و قاعده ضـمان اليد ان يرجع الى العين على النحو الذى اسـلمها الى الغابن بجميع خصوصـيات تلك العين و حيث كانت الخصوصيات فائته فتقوم العين صحيحه و واجده لجميع المنافع بالفعل و فائده للمنفعه إلى مده فيؤخذ التفاوت و لكن هنا نكته تنبه بها شـيخنا الأستاذ و ليس ان نقصان العين عن القيمه المتعارفه انما كان فاقده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۳

لمنفعه مده خاصه و إذا فيكون التفاوت بمقدار اجره مثل بقيه المده و لذا عبر فى القواعد بأجره المثل فافهم.

و الحاصـل ان التصـرف قـد لا ـ يكون موجبا للتغير لا عينا و لا حكما و هـذا لا شـبهه فى انه يرجع الفاسـخ الى المفسوخ عليه بلا ضمان على شـى ء أخر و قد يكون موجبا للتغير اما بالنقيصه أو بالزياده أو بالامتزاج أما النقيصه فقد عرفت انها قد تكون بنقصان الجزء و قـد يكون بنقصـان وصف الصـحه و قـد يكون بنقصـان وصف الكمال و قـد يكون بنقصان وصف لا دخل له فى زياده الماليه أصـلا اما الأخير فلا شـبهه فى خروجه عن محل الكلام بداهه عدم دخله فى الماليه أصلا فلا يكون نقصانه موجبا للضمان أصـلا و اما بقيه الأقسام فلا شـبهه فى كون النقصان فيها موجبا للضـمان فتقوم العين واجده للخصوصيه الفائته و فاقده لها فتؤخذ التفاوت و الوجه فى ذلك ان قاعده ضمان اليد تقتضى ضمان العين على

النحو الـذى أخذها من المالك و وجب عليه ردها الى صاحبها بجميع الخصوصيات الدخيله فى الماليه و ما ذكره المصـنف من الفرق بين وصف الصحه و صـفه الكمال لا يمكن المساعـده عليه فإنهما مشتركان من حيث عدم مقابلتها بالمال بنفسـهما و من حيث دخلهما فى زياده الماليه كما لا يخفى.

و كـذا إذا كانت العين مستأجره فإن مقتضـى اليـد هو إرجاع العين على النحو الـذى أخذها الغابن من المغبون و من الواضح ان العين لم تكون مسلوبه المنفعه حين ما أخذها الغابن من المغبون فلا بد من ردها واجده للمنفعه و حيث انها مستاجره و مسلوبه المنفعه إلى مده معينه فتقوم واجده للمنفعه و فاقده لها و يؤخذ التفاوت و لا وجه لما ذكره المصنف من عدم الشى ء على الغابن كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۴

ثم ان هنا قسما آخر من النقيصه الـذى لم يتعرض له المصـنف و لعله كان من جهه الوضوح و هو ان النقصان قـد يكون حكميا بمعنى يكون نقصان فى القيمه السوقيه و هـذا لا يدخل تحت الضـمان بوجه فان مقتضـى ضـمان اليد هو إرجاع العين على النحو الذى أخذت من المالك و من الواضح ان العين إذا ردت ككـ يسقط الضمان عن ذى اليد و اما تفاوت القيمه فلا يدخل تحت الضمان كما هو واضح فافهم.

و امـا إذا كـان التصرف موجبا للزيـاده فقـد تكون الزيـاده حكميه بـأن يكون التفاوت فى زياده القيمه السوقيه و هـذا لا يوجب الضـمان أيضا كما كان لا يوجب فى طرف النقيصه فليس للغابن ان يرجع الى المغبون بزياده القيمه فإن مقتضـى قاعـده اليـد هو ضمان العين بجميع خصوصياتها الدخيله فى ماليتها و المفروض

انها رجعت ككك و اما زياده القيمه السوقيه كنقصانها فلا تدخل تحت الضمان فلا مقتض للضمان هنا أصلا لا زياده و لا نقيصه كما لا يخفى و إذا فسخ المغبون و رجع الى العين فليس للغابن ان يدعى ان العين قد زادت قيمتها و ان ترد الزياده لعدم كون المغبون ضامنا لهذه الزياده و انه أخذ العين على النحو الذى كان دفعها الى الغابن مع الخصوصيات الدخيله فى الماليه فزياده القيمه أو نقصانها بحسب السوق ليست من تلك الخصوصيات فافهم.

و ان كانت الزياده فى الأوصاف التى لا تكون دخيله فى الماليه أصلا كما تقدم نظيره فى طرف النقيصه أيضا كقصاره الثوب (أو غسله) و صفاء الذهب بان نظفه فصار نظيفا و هكذا فمثل هذه الزياده أيضا لا شى ء عليها كما لا شى ء على مثلها فى طرف النقيصه.

و اما إذا كانت الزياده فى الأوصاف التى لها دخل فى زياده الماليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۵

كتعليم العبد صفه العلم و الكتابه و الخياطه أو صنعه من الصنائع و كصروره العين سمينا و غيرها من الأوصاف التى أحدثنا المشترى فى العين و أوجبت زياده الماليه فإذا فسخ المغبون العقد و قدر صارت العين متغيره بمثل هذه الزياده فى ملك الغابن مثل فهل للغابن ان يرجع الى هذه الزياده أم لا فقد ذكر المصنف انه يصير شريكا للعين مع المغبون.

أقول ان أراد من الشركه فى العين فلا وجه له و ذلك لان الأوصاف و ان كانت واسطه لثبوت الماليه أو زيادتها فى العين و لكنها بأجمعها لا تقابل بالمال كما عرفت و عليه فلا وجه لحصول الشركه فى العين بزياده تلك الأوصاف لعدم المقتضى لذلك و ان

أراد ان حصول الشركه فى الماليه فهو متين بمعنى ان تلك الأوصاف قد أوجبت زياده الماليه فى العين فتلك الأوصاف بنفسها و ان لم يقابل بالمال و لا تدخل تحت الضمان و لكنها تقابل المال بتبع العين فهى واسطه لثبوت الماليه أو زيادتها فى العين و العين واسطه لعروض الماليه على تلك الأوصاف و عليه فيكون الغابن بعد فسخ المغبون شريكا فى ماليه العين مع زياده الوصف الموجب لزياده قيمه العين و من هنا تكون هذه الأوصاف داخله تحت الضمان فى طرف النقيصه أيضا كما هو واضح و الشاهد على حصول الشركه فى الماليه هى السيره العقلائيه فان سيرتهم قائمه على ان زياده الأوصاف توجب زياده الماليه بحيث يكون المحدث شريكا مع أصل المالك كما إذا اشترى صفرا من شخص فجعله قدرا أو اشترى صوفا و جعله عباء أو فراشا و هكذا ثم ظهر ان المعامله مشتمله على الغبن فإن السيره قائمه على ان الغابن شريك فى ماليه العين فى مقابل تلك الأوصاف التى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۶

أوجدها فى العين و ليس للمغبون أخذ العين بلا رد شى ء إلى الغابن مع ان الصفر الخالص أو الصوف الخالص يساوى عشر ما يساوى القدر و العباء.

و الفرق بين الشركه فى العين و الشركه فى الماليه انه لو أخذ المغبون العين و زالت صفه الزياده الموجبه الزياده الماليه بلا تفريط من المغبون و قبل رد حصه الغابن كما إذا زالت صفه السمن أو صفه الكتابه أو صفه العلم و نحوها فإنه يزول حق الغابن لقوامه بالصفه الزائده و المفروض انها زالت و هذا بخلاف ما إذا قلنا الشركه فى العين فإنها قائمه بنفس العين فما

دامت العين موجوده فالشركه موجوده سواء زالت الأوصاف أم لا.

ثم ان الظاهر انه لا ـ فارق بين حدوث هذه الأوصاف بفعل الغابن أو بفعل الله تعالى فإنه على كل تقدير فالشركه فى الماليه حاصله فان ما يقابل الأوصاف الزائده من الماليه ليست اجره لعمل الغابن حتى يتوهم ان الزياده إذا كانت بفعل الله تعالى فلا عمل للمشترى حتى يقابل بالأجره بل المقابل بالمال انما هى نتيجه العمل الصادر من الغابن و عليه فسواء كانت الزياده بفعل الله تعالى أو بفعل الغابن فهما مشتركتان فى النتيجه فتكونان موجبتين للشركه فى الماليه فلا وجه لما فرق به شيخنا الأستاذ بين ما كانت الزياده بفعل الغابن فللشركه وجه و بين ما كانت الزياده بفعل الله تعالى فلا وجه للشركه، و لو كان للعمل دخل فلا بد من القول بثبوت الأجره فيما إذا عمل عملا كثيرا و لم ينتج كما إذا علم العبد الكتاب و لم يتعلم لبلادته فافهم.

و قد عرفت ان الكلام قد يقع فى صوره الإتلاف و قد تقدم الكلام فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۷

و قد يقع فى صوره النقيصه على أقسامها و قد يقع فى صوره الزياده و قد عرفت ان الزياده إذا كانت فى القيمه السوقيه فلا حق للغابن ان يطالبها من المغبون لعدم المقتضى فإن له رد العين على النحو الذى أخذها و المفروض انه لم يحدث فى العين حدثا حتى يوجب زياده الماليه بل هى من جهه زياده القيمه السوقيه. و كك الكلام فى النقيصه و اما الزياده الأوصاف الكماليه أو الصحه فقد عرفت انها تدخل تحت الضمان و توجب الشركه فى الماليه كما لا يخفى و اما الزياده فى الأوصاف

الغير الدخيله فى الماليه فلا توجب شيئا بوجه.

ثم ان الزيـاده قـد تكون عينـا ممتـازا عن المبيع أو الثمن الـذى غبن فيه و هـذه الزيـاده قـد تكون أجنبيه عن العين بـالكليه و غير مربوطه بها و هـذا كما إذا اشترى الغابن دكانا فى الجاده و وضع فيه المتاع و التفت بالمغبون بالغبن ففسخ العقد فإنه يأخذ دكانه و ليس للغابن ان يقول ان ثمن متاع فى هـذا المكان اغلى من المكان الآخر و النقل اليه يكون ضـررا عليه فلو انتقله لحديث نفى الضـرر فان ذلك الزياده من جهه خصوصـيه المكان لا من جهه ان الغابن عمل هنا عملا فـذلك العمل قـد أوجب الزياده و هذا خارج عن المقام.

و قـد تكون الزيـاده مع كونها ممتازه عن العين التى وقعت عليها المعاوضه مربوطه بالعين كما إذا اشترى الغابن أرضا فغرس فيها الأشجار أو بنى فيها البناء أو اشترى قميصا و خاط فيه النقوش التى هى موجوده بعينها.

و تفصـيل الكلام هنا انه قد يكون الأرض ملكا مطلقا لشـخص و لكن اشـغلها شـخص آخر غصـبا بان غصبها و بنى فيها البناء أو غرس فيها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۸

الأشـجار و كـذلک لو انتقلت الأـرض إليه بعقـد فاسـد و غرس فيهـا الأشـجار و مثل ذلک ما لو أجرها من شـخص و انتهى أمد الإجاره و قد اشـغلها المسـتأجر بالبناء نحو ذلک من الموارد فإنه لا شبهه فى أمثال ذلک ان لمالک الأرض ان يطالب من مالک البناء تفريغ أرضه فإنه لا عرق الظالم و إذا منع فرغه بنفسه كما حقق فى محله و ليس عليه شى ء أصلا فإنه مالک على الأرض و ليس للغاصب ان يمنعه من التصرف فى

ملكه حتى لو كانت قيمه البناء عشره آلاف دينار و قيمه الأرض عشره دينارا فأيضا لمالك الأرض مطالبه أرضه و لو مع رضاء مالك البناء بالبقاء على الشركه كما هو واضح لان مالك الأرض له السلطنه على ملكه بمقتضى دليل السلطنه و ليس لأحد ان يمنعه من ذلك و ليس المقام مشمولا لدليل نفى الضرر لكونه فى مقام الامتنان و المقام ليس كك على ان مالك البناء قد أقدم على الضرر باختياره.

و قد يكون ملك المالك على الأرض ملكيه محدوده من الأول كما إذا كان لأحد حديقه فوهب أرضها لأحد أولاده و أشجارها لأولاده الأخر فإنه ليس لمالك الأرض ان يجبر مالك الأشجار على إجبار تفريغ الأرض فإنه مالك على الأرض من الأول ملكيه محدوده لا ملكيه مطلقه و عليه إذا باع مالك الأشجار أشجاره من شخص فيبيعها بهذه الخصوصيه بأن تبقى الأشجار فيها لا انها تقلع و من هذا القبيل إرث الزوجه من البناء دون العقار فإنه إذا باعته من شخص ليس للورثه ان يجبروا المشترى بقلع البناء و ليس لهم ان يجبروها بقلع البناء فإنها تستحق البناء لا الأحجار و الأخشاب كما لا يخفى.

و هنا قسم ثالث لا يعلم حاله فيشك كونه من القسم الأول أو من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۷۹

القسم الثانى و هو ما نحن فيه اعنى تملك الأرض بفسخ العقد بخيار الغبن فهل يتملك المغبون الأرض ملكيه مطلقه حتى يكون له مطالبه الغابن بتفريع أرضه بلا أرش أصلا أو لا يملكه إلا ملكيه محدوده فليس له ذلك و مثل ذلك تملك الأرض بحق الشفعه ففى المقام أقوال ثلثه قول بأنه مثل القسم الأول فلمالك الأرض الذى هو المغبون

ان يطـالب الغـابن تفريغ أرضه من دون ان يكون عليه شـى ء كما اختاره فى المختلف فى الشـفعه أو عـدم تسـلطه عليه كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشترى أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره فى المسالک هنا.

و منشـا الخلاـف ان الغابن الـذى يسـتوفى منفعه الأرض إلى مـده هل يكون بـذلک مالكا المنفعه الأرض إلى انتهاء المـده التى استوفى منفعتها الى تلک المده بحيث لو عادت الأرض إلى ملک المغبون تبقى المنفعه فى ملک الغابن أيضا بغير ان يكون عليه شى ء من الأـجره كمـا هو كـذلک فى الإجاره بأن آجر العين إلى مـده معينه حيث الإجاره لم تفسـخ لوقوعها فى ملک الغابن و كذلک الأمر هنا فان التصرف قد وقع فى ملک نفس الغابن فلا يتوجه عليه غرامه أصلا.

و بعباره أخرى شأن الغرس و الزرع و البناء على الأرض شأن إجارتها من شـخص آخر إلى مـده فكما انها تكون مسـلوبه المنفعه فى الإجـاره و مع ذلـک ليس للمغبون فسـخ عقـد الإجـاره و كـذلک فى المقام فان الاستيفاء يكون سـببا لتملک المنفعه فتكون الأرض مسلوبه المنفعه و ليس للمغبون ان يطالب تفريغ الأرض غايه الأمر له حق مطالبه الأجره على الأرض.

و بعباره اخرى ان الغارس قد استوفى منفعه الأرض ما دام غرسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۰

باقيا كما فى الإجاره فيجب عليه بعـد الفسـخ أو الانفساخ تـدارک ما اسـتوفاه بأجره المثل أو قيمه النقص و التفاوت و لا يبعد ان يكون هذا القول هو المشهور بين العلماء.

أو يقال ان مالک الأرض قد دفع العين الى الغابن فارغه عن البناء و الأشجار و واجده للمنفعه فله مطالبه أرضها بعد فسخ

العين أو انفساخه على النحو الذى دفعها اليه و لم تكن ذلك مسلوبه المنفعه أو تطلبها من الغابن كذلك بمقتضى قانون الفسخ و دليل ضمان اليد كما هو واضح و الحق هو الثانى فإن مقتضى ضمان اليد هو رد العين على النحو الذى دفعها الى الغابن و من الواضح ان الأرض التى دفعها اليه لم تكن مسلوبه المنفعه فلا بد له من ردها كذلك و اما قياس المقام بالإجاره فبلا وجه لكونه مع الفارق فان فى عقد الإجاره قد يعتبر ملكيه المنافع إلى مده للمستأجر و هذا لا بأس به فان الاعتبار خفيف المؤنه و لا بأس من تعلقه على الأمر المعدوم و اما تصرف الغابن بنفسه فى الأرض على نحو يستلزم كون الأرض مسلوبه المنفعه إلى مده و يستوفى منفعتها لنفسه فهذا لا يعتبره العقلاء الملكيه له بوجه و إذا فإذا فسخ المغبون العقد فله مطالبه أرضه فارغه عن البناء و الغرس و له قلع ذلك كله و تفريغ أرضه فإن مقتضى اليد هو ذلك.

و هل يثبت للغابن تفاوت قيمه الأشجار المغروسه أو البناء فإنها بعد القلع تكون أحجارا و اخشابا فيكون متضررا و هو منفى فى الشريعه المقدسه أو ليس له ذلك و قد يقال بثبوت تفاوت القيمه بين البناء و الأحجار و بين الشجر و الخشب على صاحب الأرض فلا بد له ان يعطى ذلك للغابن لوجهين الأول قاعده نفى الضرر فان قلع بناء الغابن أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۱

أشجاره عن الأرض ضرر عليه فيكون منفيا بحديث نفى الضرر فيجب على صاحب الأرض أن يعطى الأرش لصاحب البناء أو الأشجار.

و فيه أولا ما ذكره المحقق الايروانى من أنه ليس

هنا ضـرر على الغابن بل هو من قبيل عدم النفع فإنه قد بنى فى هذه الأرض البناء و غرس فيها الأشجار أو علم العبد الصناعه مثلا لينتفع بها و لم يتمكن من الانتفاع لا أنه تضـرر إذ ليس له ملكيه مطلقه على الأرض مع البناء و الأشـجار الموجوده فيها بل كانت ملكيته محـدوده بحدّ خاص و بوقت معين و إجبار مالك الأرض الغابن بقلع شـجره أو بنائه ليس ضـررا عليه بل منع عن الانتفاع به كما هو واضح.

و ثانيا أن دليل لا ضرر لا يشمل موردا يلزم من شموله له ضرر على شخص آخر فإنه بالنسبه الى كل منهما على حدّ سواء فيكون شموله لأحـدهما معارضـا بشـموله للآخر فان إجبار صاحب البناء على قلع بنائه بـدون الأجره ضـرر عليه و إعطاء صاحب الأرض قيمه البناء باستثناء أحجاره ضرر على صاحب الأرض فإنه بأى وجه يلزم بذلك مع أنه لا يطلب إلا أرضه فمقتضى قاعده اليد هو وجوب رد أرضه عليه على النحو الذى أعطاها للغابن و لا وجه لتضرره من جهه فعل الغابن كما هو واضح.

و بعباره أخرى أن حديث لا ضـرر وارد فى مقام الامتنان فلا يشـمل موردا يكون شـموله ضررا على الغير لأنه خلاف الامتنان (و هنا وجه ثالث نذكره فى الوجه الثانى) الوجه الثانى أن قاعده احترام مال المسـلم تقتضى أن لا يذهب ماله هدرا فان إجباره على قلع شـجره أو أشـجار عن ارض المغبون بلا إعطاء تفاوته خلاف احترام مال المسلم فلا بدّله من إعطاء تفاوت القيمه بين البناء و الأحجار و بين الأخشاب و الأشجار و قد: ذكر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۲

ذلك شيخنا الأستاذ.

و فيه أولا أن

حفظ احترام مال المسلم يقتضى حرمه إتلافه و الا يكون المتلف ضامنا و أما ثبوت ضمانه على شخص آخر فلا تقتضيه تلك القاعده ففى المقام أن صاحب الأرض لا يطلب من الغابن إلا أرضه على الذى أعطاها إياها فلا بد للغابن ان يردها الى المغبون و حيث كانت تلك الأرض فارغه و غير مسلوبه المنفعه فلا بد للغابن ان يردها كذلك و من الواضح ان ذلك لا يمكن الا ان يفرغ الغابن الأرض و يقلع بنائه و أشجاره و اى ربط لذلك على ثبوت الضمان للمغبون.

و بعباره اخرى ان احترام مال المسلم يقتضى ان لا يذهب هدرا بإتلاف أحد لا انه يقتضى ان يكون ضمانه فى مورد التلف على شخص لا يتلفه أصلا فالمغبون لا يطلب إلا أرضه و ليس له شغل بإتلاف مال الغابن و انما الغابن يتصدى بإتلاف ماله لعدم حق له فى إبقائه فى أرض الغير و بعباره اخرى ان إبقاء الغابن ماله فى أرض المغبون بعد الفسخ حرام و ليس لبقائه فى أرض الغير احترام أصلا فإنه بعد الفسخ يكون إبقائه ذلك فى أرض الغير غصبا و ليس لعرق الظالم حق.

و يرد على كلا الوجهين النقض بما إذا غرس احد أشجارا فى أرض الغير جهلا بأنها للغير فلم يستشكل أحد فى انه تقلع الأشجار و ليس على الغارس شى ء مع انه ليس غاصبا حتى يقال انه يؤخذ بأشق الأحوال مع ان لازم القول بثبوت التفاوت على المغبون لقاعده الضرر أو لقاعده احترام مال المسلم لكان لازم ذلك ان يثبت التفاوت على صاحب الأرض فى هذه المسأله أيضا و قد عرفت انه لم يقل احد بضمان التفاوت هنا كما هو واضح فتحصل

انه لا يثبت تفاوت القيمه على المغبون كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۳

و قد عرفت انه كان الكلام فى تصرف الغابن مع ثبوت الخيار للمغبون و كان الكلام فى صوره الزياده بما لا يكون متصلا بالعين و انتهى الى ما إذا غرس الغابن أشجارا فى أرض المغبون فهل له حق لإبقائها فيها أو لا و قد عرفت ان هنا أقوال ثلثه الأول عدم ثبوت حق للمغبون على قلع الأشجار لكون تصرف الغابن واقعا فى ملكه فيكون نظير استيفاء المنفعه بالإجاره الثانى تسلطه على إجباره على القلع من غير ثبوت حق للغابن أصلا و قد اختاره العلامه فى شفعه المختلف الثالث للمغبون ان يبقى أشجاره فى أرضه مع الأجره و هذا القول قد اختاره المسالك و تبعه جمع من المتأخرين و قد ذكرنا مدرك جواز القلع بلا أجره الذى هو قول العلامه و اخترناه لان المغبون له حق مطالبه أرضه من الغابن على النحو الذى سلمها اليه لدليل اليد و ان كان لازم ذلك صيروره أشجار الغابن حطبا و قد عرفت أيضا مدرك ثبوت الأجره من قاعده لا ضرر و قاعده احترام مال المسلم و قد عرفت جوابهما أيضا.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ أو الغابن و ان كان لم يملك الأرض ملكيه مطلقه و لكنه مالك للأشجار فإذا أجبره المغبون على القلع تكون الصوره الشجريه متبدله بصوره الحطبيه فتزول الماليه الشجريه و من الواضح ان هذا ضرر عليه و لكن قد عرفت جوابه مما ذكرناه سابقا فان المغبون لا شغل له بإزاله الماليه عن الأشجار و ازاله الصوره الشجريه و انما له مطالبه أرضه فارغه كانت أو لا بمقتضى دليل اليد و لا

يستند انتفاء الماليه من الشجره إلى المغبون بوجه و انما لازم مطالبته الأرض هو ذلك و هو بمجرده لا يستلزم الضمان و هل يتوهم أحد انه إذا نسى أحد أو غفل ان الأرض الفلانيه ملك شخص آخر فغرس فيها أشجار ان تفاوت القيمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۴

بين الشجريه الخشبيه بعد القلع على صاحب الأرض و ليس كذلك و على الجمله فنقطه الكلام هو ان مقتضى دليل اليد هو وجوب رد ارض المغبون على النحو الذى أخذها الغابن منه و ما يترتب على الرد من اللوازم فهو مطلب آخر لا يكون مستندا الى المغبون كما هو واضح و لا يقاس المقام باستيفاء المنفعه بالإجاره لكون ذلك بالملك كما عرفت.

ثم انه فرق صاحب المسالك بين الغرس و الزرع فالتزم فى الأول بعدم لزوم الصبر على المالك لعدم وجود مده ينتظر فيها و فى الثانى بلزوم الصبر مع الأجره لوجود مده ينتظر فيها و لكن لا نعرف وجها صحيحا لهذه التفرقه الأطول المده و بعدها فإن المده كما كانت محدوده فى الزرع كذلك كانت محدوده فى الغرس أيضا فانى معنى للقول بان فى الزرع مده فيتفرغيها دون الغرس فأطول ما يعيش من الشجر هو النخله فإنها على ما يقولون تعيش مائه سنه و مع ذلك فهذه المده محدوده فتنحل بعدها نعم فرق بينهما من حيث طول المده و قصرها و لكنه لا يكون فرقا فى المقام فان المغبون له مطالبه أرضه من الغابن مطلقا و لا يجوز له الامتناع عن ذلك و لو كانت مدته قليله و دعوى عدم ثبوت حق إجبار قلع الزرع مع قصر المده دعوى بلا وجه لكونه تخصيصا فى دليل اليد

و من البـديهى انه لا دليل عليه كما هو واضـح فإنه فأى مخصـص لها بالنسـبه الى ما إذا كانت مده التصـرف فى العين قليله و قد وجه شـيخنا الأسـتاذ كلام المسالك بأنه إذا كانت الأرض مشغوله بالزراعه فليس فيها ضرر على المالك إذ الأرض قابله للزرع و معـده له و إذا اعطى الغـابن أجره الأـرض فلاـ يكون هنـا ضـرر على المالك حتى يتعارض الضـرران هـذا بخلاف كون الأرض مشغوله بالغرس فإنه ضرر على المالك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۵

و فيه انه ليس لهذا الكلام إلا الصوره فإنه يمكن ان يقال ان الأرض المغروسه معده للشـجر فإذا غرس الغابن فيها شـجرا و اعطى أجرتها لمالكها لا يكون فى ذلك ضـرر على المالك حتى يتعارضان و هو واضح فلا دليل على هذه التفرقه أيضا و على الجمله ان مقتضـى دليـل اليـد هو تسـلط صاحب الأرض على مطالبه أرضه من الغابن و ان اسـتلزم ذلك ضـررا على الغابن فان ذلك لا يستند اليه فافهم.

ثم انه هل يفرق بين المقام و بين مسأله التفليس أم لا و قـد ذهب المشـهور إلى انه ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش فى التفليس و ذكر المصـنف انه يمكن الفرق بكون حـدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون انما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسأله التفليس لان سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسه و ليس للمشترى قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف أقول لا شـبهه على تقدير ثبوت خيار التفليس فليس بين المقام و بينه فرق أصـلا بل فى كلا الموردين للمالك بعد الفسخ ان يطالب ماله بمقتضى دليل ضمان اليد

و ليس لأحد ان يمنع من ذلك كما هو واضح فلا- وجه لما ذكره المصنف من ملاحظه الأسبقيه و اللاحقيه فإنه على القول بالثبوت يتزاحمان و لو كان أحدهما سابقا و الآخر لاحقا إذ الأسبقيه يوجب عدم التزاحم فى المده الخاليه عن المزاحم و لكن فى مده وجود المزاحم يتزاحمان بقاء كما لا يخفى و لكن الذى يسهل الخطب ما ذكرناه فى عدم ثبوت حق للمشترى فى مسأله التفليس أيضا حتى يتكلم فى التزاحم بل من له الخيار يفسخ و يأخذ أرضه من المشترى و ان استلزم ذلك ضررا على المشترى كما لا يخفى الا ان الكلام فى أصل ثبوت الخيار فى مسأله التفليس مع انتقال العين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۶

الى غيره بالهبه أو بالبيع فإنه مع ذلك لا يصدق بقاء العين كما هو واضح و قد حقق ذلك فى كتاب التفليس نعم مع ثبوت الخيار فلصاحب الخيار إرجاع العين كما فى المقام.

ثم انه على القول بثبوت حق المطالبه لمالك الأرض أرضه من الغابن الغارس فهل له قلع أشجاره مباشره أو يطالب قلعه من الغابن فإذا امتنع باشره بنفسه وجوه الظاهر انه ليس له مباشره قلعها فان الثابت على ما ذكره المصنف لكل من المتبايعين مطالبه حقه عن الآخر فلمالك الأرض مطالبه أرضه من الغابن فلمالك الشجر مطالبه أشجاره من المغبون فإذا امتنع أحدهما عن ذلك رجع الى الحاكم و هو يجبره على ذلك و الا- باشر كل منهما على تفريق حقه بنفسه و لو باشر مالك الأرض مثلا قلع أشجار الغابن بدون مطالبته من الغابن فضمن نقصان القيمه لكونه إتلافا لمال الغير بدون اذنه فيكون ضامنا و من هنا ظهر حكم

الأغصان الداخله على الجار فان الجار له إجبار مالك الأغصان على القلع و تفريع أرضه من ذلك و هكذا الحيوان الداخل على ملك الغير فالمالك يجبر صاحب الحيوان على الأخذ و الا فيخرجه بنفسه فلو أخرجه بنفسه و تلف يكون ضامنا و ما ذكره المصنف بين الأغصان الداخله على الجار فلا يجوز للجار إجبار المالك لكونه بلا اختيار و بين غرس الأشجار فى أرض الغير فله إجبار المالك على الغرس لكونه مع الاختيار لا وجه له فان دخول الأغصان على الجار و ان كان بلا اختيار حدوثا و لكنها باقيه فى ملك الغير باختيار المالك بقاء فله مطالبه تفريغ داره عن ملك الغير كما لا يخفى فافهم.

و اما لو كان التغير بالامتزاج ذكر المصنف ره صورا فى المقام لانه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۷

اما ان يكون بغير جنسه و اما ان يكون بجنسه فان كان بغير الجنس فان كان على وجه الاستهلاك عرفا لا يحكم فى مثله بالشركه كامتزاج ماء الورد بالزيت فإنه يعد تالفا غايه الأمر يوجب مزيه الماليه فى الخليط الآخر فى بعض الأحيان و هذا يكون من صور زياده ماليه العين بفعل الغابن و قد تقدم الكلام فى ذلك و ان كان الامتزاج على وجه لا يعد تالفا كالخل الممتزج بالانجبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدومه وجهان و ان كان الامتزاج بالجنس فان كان بالمساوى تثبت الشركه و كذلك بالأردى و لو كان بالأجود احتمل الشركه فى الثمن و ان كان الأجود يساوى قيمت الردى كان المجموع بينهما أثلاثا إلخ.

و الظاهر ان ما ذكره المصنف من الأول إلى أخره من التقسيمات مناقض لما ذكره سابق من حكم الامتزاج فى

تصـرفات المغبون و الظـاهر انه لاـ فرق بينهمـا موضوعـا و حكمـا و قـد ذكر سابقا ان الامتزاج فی حكم التالف لحصول الشـركه المـانعه عن الرد و عليه فلاـ وجه لمـا ذكره هنـا من حصـول الشـركه بين البـائع و المشـترى و قـد ذكرنـا سابقـا فی تقريب كلاـم المصـنف ان قانون الفسخ يقتضى رد كل من العوضين الى الآخر على النحو الذى أخذ و من الواضح ان الامتزاج يوجب الشركه التى عبـاره عن انتقال مقـدار من مال كل من الشـريكين الى الآخر لتحصل الشـركه فی تمام الأجزاء التى لا تقبل القسـمه عرفا و عليه فـإذا فسـخ المغبون و أراد رد عينه فلا يرجع اليه جميع ما أعطاه الآخر من العوض بل مقـدارا منه و مقـدارا من مال الغير لان المفروض هو حصول الشركه كما لا يخفى و على هذا فلا بد من الرجوع الى البدل بعد الفسخ.

و بعباره أخرى تاره نتكلم فی بقاء الخيار و عدمه مع حصول الامتزاج

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۸

و هـذا لا شـبهه فيه لأنها قلنا بثبوته مع التلف و كيف بالامتزاج و الشـركه و اخرى نتكلم فی إمكان رد العين مع الامتزاج و هو لا يمكن فـان قـانون الفسـخ يقتضـى رد العين على النحو المـأخوذ و المفروض انهـا امتزجت بغيرهـا و حصـلت الشـركه بينهمـا فلو رجعت رجع نصف من العوض و نصف عن المال الآخر كما هو واضـح فلا بـد ح من الرجوع الى البدل من المثل أو القيمه هذا الـذى ذكرنـاه سابقـا و يجرى مثله فی المقـام أيضا فإنه لا فرق بين الامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل المغبون و هـذا واضـح جدا.

ثم ان التكلم فی أقسام الامتزاج و

حصول الشركه فی بعضها دون بعض و ان كان خارجا عن المقام و لكن لا بأس بالتعرض لذلک لمناسبه تعرض المصنف له و الا فليس مربوطا بخيار الغبن لما عرفت ان المزج يلحق بالخروج عن الملک و معه يمتنع الرد كما لا يخفى فنقول ان ما يمتزج من المال بمال آخر اما ان يكون بحيث يعد معدوما عرفا إذا امتزج الآخر و يكون مستهلكا فيه عرفا من غير ان يكون ذلک موجبا للشركه قطعا و هذا كما إذا اشترى الغابن زيتا من المغبون و مزج فيه مقدار من العطر فإنه يعد ذلک العطر تالفا فی نظر العرف فلا يوجب المزج الشركه هنا نعم قد يوجب ذلک زياده الماليه و ح يكون ذلک من صغريات الزياده بتصرف الغابن و قد تقدم الكلام فی ذلک مفصلا و هذا نظير ان يقع الجره من الحائط و حسب مائه الحلو بحوض احد فيما ماء المر فإنهما و ان كانا من جنسين و قد امتزج أحدهما بالاخر و لكن ماء الجره لقلته بعد تالفا فی ماء الحوض كما هو واضح فهذا القسم من الامتزاج لا يوجب الشركه قطعا ثم ان كان ذلک بغير اختيار فيذهب العطر و ماء الجره هدرا العدم ما يوجب الضمان على صاحب الزيت و الحوض من اليد و الإتلاف فلا يرجع عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۸۹

لعدم استناده اليه و لا ان هنا ما يوجب الاشتراک كما عرفت و ان كان باختيار شخص و ان كانت يده يد ضمان فلا بد عليه من أداء بدل العطر و الماء و ان كانت يده يد امانه فلا شی ء عليه هذا حكم ما لو كان احد (الممتزجين)

تالفا فی الآخر مع التفصیل فی الضمان.

و ان کان الامتزاج بحیث یستهلک کل من الخلطین فی الآخر و لا تبقی لکل منهما الصوره النوعیه بل تحصیل هنا صوره نوعیه اخری و ان کان الماده منهما باقیه و هذا کمزج التریاق مع الزعفران مع بعض الأجزاء الأخر فإن ذلک یوجب تشکیل صوره نوعیه التی تسمی بمعجون البزرج الذی کان مرسوما سابقا و کان یأکله الشیوخ و لا تبقی الصوره النوعیه لکل من الاجزاء فی نظر العرف و لاـ یبعد ان یکون السکنجبین من هذا القبیل حیث ان کل من الخل و العسل قد زالت صورتهما النوعیه فی نظر العرف و ان کانت باقیه بالدقه العقلیه و انما تحققت هنا حقیقه أخری.

و علیه فیکون کل من مالک الخل و مالک العسل شریکا فی العین بحسب المالیه لا بحسب مقدار المزوجین یعنی یقوم العسل و یقوم الخل و ینسب أحدهما إلی الأخر فیکون کل منهما مالکا للماهیه المرکبه الحاصله من الخلیطین بحساب المالیه لا بحساب مقدار العوضین و الا فلازم ذلک ان یکون السکنجبین الحاصل من العسل و الخل الذان کل منهما کیلو واحد ان یکونا شریکین فی السکنجبین علی نسق واحد مع ان قیمه العسل عشر مقابل قیمه الخل بل أزید و یختلف ذلک زیاده و نقیصه باختلاف الموارد ای باختلاف مالیه الممزوجین و کیف کان فتحصل الشرکه هنا فی العین باعتبار نسبه مالیه الممزوجین لا قدرهما و لیست الشرکه هنا فی المالیه فقط و لا فی المقدار فقط.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۰

الثالث ان یکون الممتزجان من جنس واحد و لم یکن الامتزاج موجبا لإتلاف أحدهما أو کلیهما کما فی القسمین المتقدمین بل تکون عین

كل منهما موجوده حتى فى نظر العرف و ان كانا مع ذلک متساويين من حيث الجوده و الرداءه فلا شبهه فى حصول الشركه فى العين كما هو واضح.

و إذا كان المزج بالجنس و لكن بالأردى لا- بالمساوى فذكر المصنف انه تحصل الشركه أيضا و هل يستحق المغبون أرش النقص أو تفاوت الرداءه من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو امتزج بالأجود احتمل الشركه فى الثمن أو فى الماليه ثم ان هذه الوجوه تجرى فيما إذا مزج المغبون ففى صوره مزج الردى بالمتوسط وجوه ثلثه و بالأجود وجهان كما ذكره المصنف و ذكر شيخنا الأستاذ ان الشركه فى المزج بالأردى أو الأجود انما تكون فى العين بحسب المقدار لا بحسب الماليه و ذلك لان الفائت ليس إلا الخصوصيه الشخصيه دون أصل المال و وصفه و ماليته فيأخذ كل منهما بمقدار ماله و لا وجه للشركه فى الماليه لأنه إذا أمكن الشركه فى المقدار لا تصل النوبه إلى الشركه فى القيمه نعم لو كان المزج بفعل الغاصب أو الغابن بالاردء فعليه أرش النقص.

أقول: لا شبهه فى ان المزج يوجب الاشتراک سواء كان بفعل الغابن أو بفعل المغبون اختياريا كان أم قهريا فإنه على كل تقدير يوجب الشركه و ذلک لبناء العقلاء على ذلک و على هذا فلو حصلت الشركه القهريه بين مالى شخصين بان مزج حيوان حنطه احد بحنطه غيره مع كون أحدهما أجود بحيث يساوى منا منها بدرهمين و الآخر أردى منه و الظاهر انه لا يتوهم احد ان الشركه الحاصله هنا بالمزج ليست باعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۱

الماليه بل باعتبار المقدار بأن يقسم بينهما على حسب مقدار المالين مثلا إذا

كان لصاحب الردى منان و لصاحب الجيد منا يأخذ صاحب الردى منان و صاحب الجيد منا و يكون التفاوت بينهما بين المجيد و الردى تالفا يعنى تذهب صفه الجوده هدرا إذ ليس المزج مستندا الى أحد حتى يكون أرش النقص عليه و الظاهر أنه هذا لا يلتزم به أحد و لا يشكك ذو مسكه أن الشركه هنا فى الماليه فإن بناء العقلاء كما أنه على حصول الشركه بالمزج و كك بنائهم على كونها فى العين بحسب الماليه فى مثل المزج بالردى أو بالجيد و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه و أما الرجوع الى الأرش فليس له دليل أيضا بعد ما يمكن الرجوع الى نفس المال و كذلك لا دليل أيضا على بيع العين الممتزجه و الاشتراك فى الثمن بل لا بدّ من الشركه فى العين باعتبار ملاحظه الماليه كما هو واضح.

و عليه فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من القول بكون الشركه فى القيمه نعم بقى هنا شى ء و هو ما ذكره شيخ الطائفه من أنه إذا كانت الشركه فى الماليه يلزم الربا فإنه إذا مزّج منّ من الحنطه الجيده بمنّ من الحنطه الرديه و قلنا بالشركه بحسب الماليه فإنه يكون لصاحب الحنطه الجيده أكثر من صاحب الحنطه الرديه كما إذا كانت قيمه الردى درهما و قيمه الجيد درهمين فان العين الممزوجه تقسم بينهما أثلاثا فيأخذ صاحب الجيد ثلثين و صاحب الردى ثلثا و يلزم الربا.

و لكن يرد عليه ان الربا لا يجرى إلا فى المعاملات المشتمله على المعاوضات و حصول الشركه القهريه بسبب المزج ليس كك فلا يجرى فيها الرّبا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۲

ثمّ

انه ربما يقال ان المزج إذا كان بفعل الغاصب بأن مزج الحنطه الرديه المغصوبه بحنطته الجيده فتكون الشركه هنا فى المقدار لان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لكن يرد عليه أنه لا دليل على أنه يؤخذ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و ما ذكرناه من الشركه فى المقدار جار هنا أيضا فيكون ذلك نظير مزج الخل بالانجبين سواء كان المزج بفعل الغاصب أو بفعل غيره اختياريا أم غير اختيارى ثمّ هذا كله إذا لم يكن المزج موجبا لنقصان القيمه بأن تكون قيمه كل من الردى و الجيد محفوظا كما إذا اشترى الغابن منا من الحنطه الجيده من المغبون التى قيمتها درهمان و مزجه بمنّ من حنطته الرديه التى قيمه درهم واحد و كانت المجموع المركب قيمته ثلاث دراهم فإنه ح لم ينقص من قيمتها شى ء و قد ينقص من قيمه الجيد بواسطه المزج كما إذا اشترى كيلوا من الأرز الرشتى بمائه فليس و مزج ذلك بارز كان قيمته عشرين فلسا و مزجهما الغابن فإنه ح تكون قيمه الأجود نازلا فإن زياده القيمه من جهه جودته و صفائه و لعل قيمه الممتزجه لا تسوى أكثر من درهم واحد و على هذا فان كان المزج بفعل الغابن أو الغاصب أو شخص آخر كان أرش النقص عليه لكونه سببا فى هذا النقص و ان كان المزج قهريا أو بفعل صاحب الجيد سواء كان هو الغابن أو المغبون فلا شى ء على صاحب الردى لانه يطالب ماله بجميع الخصوصيات فحيث لا يمكن رده كك فيأخذه بحسب الماليه يعنى يأخذ من العين بنسبه ماليه ماله لا بحسب مقداره كما عرفت من غير ان يعطى تفاوت القيمه لعدم استناده اليه و هذا واضح

جدا.

ثم بقی هنا شی ء و هو انه لو امتزج

غیر الجنس بغیر جنسه من غیر ان یکون أحدهما مستهلکا فی الآخر بحیث یکون تالفا کما تقدم من مزج

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۳

العطر بـالزیت و لاـ ان یکون کلاهمـا مسـتهلکا بحیث یکون المزج موجبـا لتشـکیل هیئه خـاصه و ماهیه مرکبه و تکون صورتها النوعیه العرفیه غیر الصوره النوعیه فی إجراء المرکب بحیث تکون الشرکه فی المالیه کما تقدم فی مثل مزج الخل بالانجبین و لا ان یکون من قبیـل مزج الجنس بـالجنس بحیث تکون الشـرکه فی العین فی فرض تسـاوی القیمتین و فی المـالیه فی فرض عـدم تساویهمـا بـل یکون مزج غیر جنس بغیر جنسه بحیث یکون کـل منهما ممتازا عن الآخر کمزج الحمصه مع الأرز و کمزج دقیق الأرز مع دقیق الشـعیر و هکـذا فان هذا القسم لا یجری فیه شـی ء من الأقسام المذکوره فلا بد فیه من الحکم بالشـرکه فی العین بحسب المالیه أیضا کما هو واضح.

ثم انک قد عرفت ان التکلم فی أقسام الشـرکه بالمزج لا یرتب بخیار الغبن أصـلا فإن المزج الذی یوجب الشرکه کسائر النواقل اللازمه و انمـا التکلم هنـا بمناسـبه تکلم المصـنف فیه فتحصـل ان المزج یوجب الشـرکه فی العین امـا باعتبـار المالیه أو باعتبار المقدار فلا یلزم منه الربا أیضا و لا یرجع الی الأرش أو البیع و الاشتراک فی الثمن.

قوله بقی الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن

اشاره

أقول التکلم فی التلف من جهه دفع توهم ان تصـرف المغبون یکون مسـقطا للخیـار فـالتلف أولی بأن یکون مسـقطا للخیار و الا کان الاولی التعرض لذلک فی أحکام الخیار و انما ذکروه هنا لدفع هذا التوهم ثم ان المصنف قسم التلف إلی أقسام فإنه اما ان

یکون فیما وصل الی الغابن أو فیما وصل الی المغبون و علی کل تقدیر ان التلف اما بآفه سماوی أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبی و الظاهر انه لا فائده لهذا للتقسیم کما ذکره المصنف فإنه لا یفرق الحکم بین ان یکون التلف فیما وصل الی الغابن أو فیما وصل الی المغبون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۴

و بین ما ان یکون التلف بنفسه أو بتسبیب غیره من أحدهما أو من الأجنبی

بل اللازم ان نتکلم هنا فی مسائل ثلث

اشاره

الأول فی حکم التلف و الإتلاف فإنهما واحد الثانیه فی حکم إتلاف کل من الغابن و المغبون ماله الآخر الذی انتقل من أحدهما إلی الآخر الثالث فی حکم إتلاف الأجنبی

اما المسأله الاولی [فی حکم التلف و الإتلاف]

فقد یکون التلف بعد الفسخ و قد یکون قبل الفسخ اما الأول فلا شبهه فی کونه موجبا للضمان فإنه بعد الفسخ یکون المال مال غیر فیکون حکمه حکم الغصب فیکون ضمانه علی الفاسخ فان یده بعد الفسخ ید ضمان فلا بد من الخروج عن عهدته لانه علی الید ما أخذت حتی تؤدی و لو کان ذلک بالسیره سواء کان التلف غیر مستند الی شخص ای شخص کان أو مستند الیه و اما إذا کان التلف قبل الفسخ فتاره یکون الکلام بالنسبه إلی الخیار و اخری بالنسبه إلی الضمان اما الأول فقد عرفت فیما سبق ان الفسخ متعلقه العقد لا العین و علیه فیبقی الخیار علی حاله سواء کان التلف بفعل المغبون أو الغابن أو الأجنبی أو بنفسه فإذا فسخ ذو الخیار العقد فیرجع کل منهما الی البدل مع تلف العینین لان الرجوع الی العین مستحیل نعم بناء علی کون متعلق الفسخ هو العین کما ان متعلق جواز الرجوع فی المعاطاه هو العین لکان لسقوط الخیار بالتلف وجه و لکن لیس الأمر کک.

و اما الکلام فی الضمان فلا شبهه انه إذا فسخ ذو الخیار العقد فیکون ضامنا للعوض فلا بد من الخروج عن عهدته بمقتضی دلیل الید أو السیره العقلائیه و لکن حیث یستحیل الرجوع الی العین فلا بد من الرجوع الی البدل من المثل أو القیمه و هذا لا شبهه فیه و انما الکلام فی انه مع الرجوع الی القیمه هل إلی أعلی القیم

من زمان الضمان الى زمان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۵

الأداء أو قیمه یوم الفسخ أو قیمه یوم التلف أو قیمه یوم الأداء وجوه و قد تقدم تفصیل المسأله فی المقبوض بالعقد الفاسد و قد تعرضنا هنا لحکم الغصب و ما فی حکمه من المقبوض بالعقد الفاسد و نحوه و إجمال الکلام هنا انه قد یقال بضمان أعلى القیم فان مقتضى الید ان لا یخرج من عهده الضمان إلا بأداء ما وضع یده علیه و من المعلوم ان العین مع قیمته الأعلى تحت ید الغاصب فتکون مضمونه على الغاصب و من فی حکمه ممن یأخذ بالعقد الفاسد أو بالفسخ و لکن الظاهر انه لا دلیل على الضمان بأعلى القیم بوجه کما تقدم فی مسأله الغصب و قد أشرنا الى ذلک آنفا و الوجه فیه ان ما یدخل تحت الید بواسطه الغصب و نحوه انما هو العین مع الأوصاف الدخیله فی زیاده المالیه فإن دلیل على الید أو السیره العقلائیه یقتضی أداء العین مع جمیع تلک الخصوصیات و حیث استحال ذلک فلا بد من الرجوع الى البدل من المثل أو القیمه و اما ترقی القیمه السوقیه أو تنزلها فلا یدخل تحت الضمان أصلا فإن القیمه السوقیه قائمه بالاعتبار فتزید تاره و تنقص اخرى فلا تدخل تحت قاعده ضمان الید کما هو واضح فإنها لم تؤخذ حتى تکون معنی بالأداء.

و اما ضمان العین بقیمه یوم التلف فقد یقال به من جهه ان وقت الانتقال إلى القیمه هو ذلک الیوم فیضمن الغاصب و من فی حکمه بذلک القیمه و قد أجبنا عن هذا الوجه فیما سبق بأنه و ان کان یوم التلف هو یوم الانتقال إلى القیمه

و لكن أى القيمه هـل هى قيمه يوم التلف كما زعمه المسـتدل أو قيمه يوم الغصب أو قيمه يوم الأداء أو أعلى القيم فمجرد كون يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمه لا يدل على ان تلك القيمه هى قيمه يوم التلف كما هو واضح و على القول بتماميته فى مسأله الغصب لا يجرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۶

هنا فإنه فيما يكون المال مغصوبا و مضـمونا بعينه لكى ينتقل الى البـدل يوم التلف و فى المقام ليس كـذلك فان التلف انما وقع فى ملـك الغـابن أو المغبون على الفرض فـان المفروض ان التلف انمـا هو قبـل الفسـخ فلا ضـمان هنا حتى يوجب ذلك انتقال العين إلى القيمه يوم التلف كما هو واضح نعم يمكن ان يقال باعتبار ضمان قيمه يوم التلف من حين الفسخ أو يوم الأداء و لكنه لا دليل عليه.

بقى الكلام فى ان المناط فى وقت الضـمان هل هو يوم الفسـخ أو يوم الأداء فذهب شـيخنا الأسـتاذ فى خصوص هذه المسأله ان المناط هو قيمه يوم الأداء كما هو مقتضى القاعده و تقريب ذلك ان الغاصب إذا غصب عينا فتبقى تلك العين حتى مع تلفها فى ذمـه الغـاصب و من فى حكمه الى وقت الأـداء و ح حيث لاـ يعقـل رد العين التـالفه مـع التلـف فقهرا تنتقـل إلى القيمه أو المثل فيكون المناط حينئذ قيمه يوم الأداء و هذا الذى تقتضيه القواعد و قد اعتمدنا عليه فى تلك المسأله اى مسأله الغصب و لكن قلنا فى تلـك المسأله ان صـحيحه أبى ولاد وارده على خلافها فإنها اعتبرت فى الضـمان و فى وجوب أداء القيمه قيمه يوم الغصب و عليه فرفعنا اليد عن

القاعده فی مسأله الغصب و ما فی حکمه و حکمنا بوجوب قیمه یوم الغصب و هل یجوز التعدی من مورد الصحیحه الذی هو الغصب الی غیره أم لا فالظاهر انه لا مانع من التعدی و تقریب ذلک ان النسبه بین قیمه یوم الغصب و یوم الأداء هی العموم من وجه فإنه قد تکون قیمه یوم الغصب أکثر و قد تکون قیمه یوم الأداء أکثر و قد یتساویا فإذا کانت قیمه یوم الغصب أقل من قیمه یوم الأداء فیحتمل ان یکون الشارع قد لاحظ حال الغاصب و راعاه و لم یلاحظ حال غیرهم من الضمانات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۷

و اعتبر علیهم قیمه یوم الأداء و هو مقطوع العدم فإن القاعده عکس ذلک و قد ذکر الفقهاء ان الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال و یحتمل ان یکون ذکر یوم الغصب فی الصحیحه من جهه کونه هو المناط فی الضمان بالقیمه فحیث کان الأول مقطوع العدم فیتعین الثانی کما هو واضح فیحکم بکون المناط فی الضمان هو یوم الغصب حتی مع القول بان الغاصب یؤخذ بأشق الأحوال فإن المراد من أخذه بأشق الأحوال هو عدم المسامحه فی المطالبه سواء کان واجدا أم فاقدا کما یجب المسامحه فی مطالبه الدین مع العسر بل الغاصب حکمه حکم الواجد یحل عرضه و عقوبته.

و العجب من شیخنا الأستاذ مع انه بنی فی المقبوض فی العقد الفاسد علی ان المناط فی الضمان انما هو یوم الغصب لصحیحه أبی ولاد و مع ذلک بنی فی المقام بان المناط هو قیمه یوم الأداء عملا بالقاعده.

المسأله الثانیه فیما کان تلف کل من العوضین بفعل الطرف

بأن أتلف الغابن ما انتقل منه الی المغبون و بالعکس ثم فسخ المغبون العقد و الغرض هنا بیان

ان الغابن بأى شـى ء يضـمن بإتلافه و ان المغبون بأى شـى ء يضـمن بفسـخه و هكذا إذ أتلف المغبون ما انتقل منه الى الغابن و يتكلم فى ان المغبون أى شـى ء يضمن بإتلافه مال الغابن و ان الغابن بأى شى ء يضمن بفسخ المغبون العقد و تحقيق الكلام إذا أتلف الغـابن مثلاـ مال المغبون الـذى انتقل منه إليه فإن أدى الغرامه فلا كلام لنا فيه و ان بقيت الغرامه حتى فسـخ المغبون العقد فإنه يرجع الى الغابن بماله و حيث ليست العين موجوده فيأخذ قيمتها ان قلنا ان المناط فى الضمان بقيمه العين انما هو يوم التلف فلا كلام لنا فيه و كذا إذا قلنا بكون المناط قيمه يوم الأداء إذ لا يختلف الحال حينئذ بين ضمان المتلف و الضمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۸

الحاصـل بالفسـخ فـان المنـاط فى الضـمان انما هو قيمه يوم التلف و ان كان الفسـخ متأخرا فإنه ح يسـقط الضـمانين بالتهاتر فان المغبون يطلب مـاله من الغـابن الـذى أتلفه بقيمه يوم التلف و الغـابن يطلب عين هـذا المال من المغبون الفاسـخ أيضا بقيمه يوم التلف فيقع بينهمـا التهـاتر و هكـذا لو كـان المنـاط هو قيمه يوم الأـداء كمـا هو واضـح و انمـا الكلام فيما إذا قلنا بان المناط فى ضمـان القيمه انمـا هـو قيمه يوم الغصب فـإنه حينئـذ يختلف ضـمان الغـابن بقيمه العين و ضـمان المغبون بهـا و كـثيرا مـا يكون أحـدهما أكـثر من الآـخر كمـا إذا أتلف الغـابن العين الـتى انتقلت منه الى المغبون و كـانت قيمته فى ذلـك اليوم الـذى هو يوم الغصب و الضمان عشره ثم مضت مده ففسخ المغبون العقد و كانت قيمه العين فى يوم الفسخ

عشرين و كان هذا اليوم الذى ضمن المغبون القيمه لكونه بمنزله يوم الغصب و عليه فتكون ما ضمنه المغبون فى صوره كون الغابن متلفا لما انتقل منه الى المغبون أقل مما ضمنه المغبون بالفسخ و ضمان اليد و عليه فلا يمكن ان يقع التهاتر بينهما بالنسبه إلى تمام ما اشتغلت ذمه المتلف و ذمه الفاسخ بل بالنسبه إلى مدار خاص و اما المقدار الزائد فلا بد للمغبون ان يخرج من عهدته و يطلب من الغابن ثمنه.

و بعباره اخرى ان المغبون فى الفرض المذكور يطلب من الغابن شيئين أحدهما عين ماله التى أتلفها الغابن و الثانى الثمن الذى أعطاه للغابن فإنه يطلب منه ذلك بعد الفسخ اما الثمن فلا شبهه فى انه يطلبه من الغابن على كل تقدير و اما العين التى أتلفها الغابن فان كان اشتغال ذمتهما بقيمه يوم واحد اما يوم التلف أو يوم الأداء بحيث تكون ذمه الفاسخ أيضا مشغوله بقيمه يوم التلف من حين الفسخ أو كان اشتغال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۳۹۹

ذمتهما بقيمه يوم الأداء فلا شبهه فى سقوط حق كل منهما عن ذمه الآخر بالتهاتر سواء طلب كل منهما حقه عن الآخر أو أحدهما و هذا لا شبهه فيه و ان قلنا بضمان قيمه يوم الغصب فح تختلف الحال فى ضمان كل منهما للآخر فإنه ربما يكون ذلك فى أحدهما أزيد من الآخر كما عرفت فح لا يحصل التهاتر إلا فى الجزء فقط.

و لكن يمكن ان يقال بحصول التهاتر هنا و ان قلنا فى المقبوض بالعقد الفاسد و مثله بكون المناط فى الضمان بالقيمه هو قيمه يوم الغصب لصحيحه أبى ولاد لأنها لا تشمل ما نحن فيه و

بيـان ذلـك ان مقتضـى القاعـده كما عرفت انما هو ضـمان نفس العين ابتـداء و انما ينتقل الى مثل أو القيمه مع عـدم إمكان رد العين و عرفت أيضـا ان العين تبقى فى الـذمه إلى وقت الأـداء ففى ذلـك الوقت تنتقـل إلى القيمه كمـا هو واضـح لعـدم إمكان أدائها حتى لو عادت العين الى ملك الضامن بقدره إلهيه كان الواجب على الضامن ان يؤديها إلى المضمون له كما هو واضح و عليه فإذا كان ذمه كل من الغابن و المغبون مشـغوله بعين واحده أحدهما بالإتلاف و الآخر بالفسخ فان مقتضى الفهم العرفى هو وقوع التهـاتر فى ذلك و عـدم ثبوت حق مطالبه كل منهما على الآخر كما إذا أخـذ أحـد خبزا من الخباز بعشـرين فلسا مع كون الخـبز خمس أفلس ثم غصب الخبـاز ذلـك الخـبز فـأكله ثم التفت المغبـون الى الغبن ففسـخ العقـد فـإنه يرجع اليه و يأخـذ منه عشـرين فلسـا و ليس للغـابن فى نظر العرف ان يطـالب منـه خـبزه و يقـول وجب عليـك ان تعطى خـبزى و وجب على ان اعطى خبزك فإن أهل العرف يقولون ان ما عطيته هو الذى أخذته و أكلته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۰

و بعباره اخرى ان الضـمان بالقيمه انما هو مع عـدم التمكن من العين و قد عرفت ان العين انما هو باقيه فى ذمه الضامن الى وقت الأداء و عليه فإذا أتلف الغابن العين التى انتقل الى المغبون فتكون ضامنا لنفس ذلك العين و حيث طلبها المغبون فلا يمكن أداء نفسـها فلاـ بـد من أداء مثلها أو قيمتها و إذا فسـخ المغبون العقـد فتكون ذمته أيضا مشـغوله بنفس تلك العين فإذا لم يخرج عن عهده الغرامه

قبل الفسخ ليكون المغبون ح متمكنا من أداء العين فإن ذمه كل منهما مشـغوله بالعين كما عرفت فيقع التهاتر فيحصل الأداء كما هو واضـح و ح تنقلب القيمه أو المثـل الى نفس العين كمـا إذا عـادت العين بمعجزه و من الواضـح ان مورد الصـحيحه انمـا هو صوره عـدم التمكن من أداء العين و كون الضـمان فى طرف واحـد فلاـ تشـمل المقام و توهم أنها مطلقه بالنسـبه إلى عود العين أيضـا لاسـتحاله الإهمـال فى الواقع فاسـد بـل الحكم مقيـد فى الواقع و فى مقـام الثبوت بعـدم العود و فى مقـام الإثبـات لم يقيد المولى و انما أهمل لعـدم كونه فى مقام البيان من هـذه الجهه و قـد فرضـنا الكلام فى إتلاف الغابن مال المغبون و يجرى جميع ذلـك فى عكس ذلـك كمـا يظهر بالتأمـل فلاـ يحتـاج الى التكرار ثم لا يخفى انه فى حكم الأداء لو ابرء احـد ذمه المتلف فهو بمنزله القبض.

المسأله الثالثه ان يكون المتلف هو الأجنبى

فلو أخـذ منه صاحب المال قبل الفسـخ قيمه يتعين رجوع الفاسـخ الى المفسوخ عليه و كذا العكس و اما لو لم يأخذها ففسخ ذو الخيار فلا يتعين على كل منهما الرجوع الى طرفه بل يتخير بين الرجوع الى الطرف و الرجوع الى المتلف كما هو مقتضى ضمان شخصين لمال واحد على التعاقب و لكن لا يجرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۱

ذلـك بناء على اعتبار قيمه يوم الفسـخ بل يتعين ح الرجوع الى الطرف سواء سواء كان هو الغابن أو المغبون لأن المال و ان كان فى ذمه المتلف أيضـا الّا أنه قـد أتلف هو مـا ليس للفاسـخ قبـل الفسـخ بـل لطرفه فيكون الأـجنبى ضامنـا للمالك. الفعلى دون المالك الأصلى و المالك

الأصلی یطلب مصداق مالیه یوم الفسخ فلا یشتغل بقیمه یوم الفسخ الّا الطرف لا المتلف لکونه مکلفا بأداء قیمه یوم التلف أو یوم الأداء و ما ذکرناه أوضح بناء علی کون الطرف ضامنا لنفس العین بمقتضی دلیل الید و اللّه العالم بالأحکام و رسوله و خلفائه الکرام صلوات اللّه علیه و علیهم الی یوم القیامه

قوله مسأله الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کلّ معاوضه مالیه

بناء علی الاستناد فی ثبوته فی البیع الی نفی الضرر

أقول لم یقع التعرض لثبوت هذا الخیار فی غیر البیع فی کلمات الأصحاب کما وقع التعرض بجریان خیار الشرط فی غیره و لکن عدم تعرضهم لذلک لا یکشف عن اعتقادهم بعدم جریانه فی غیر البیع أو جریانه فیه و أما تعرضهم لعدم جریان خیار المجلس فی غیر البیع من جهه ذهاب بعض العامه إلی جریانه فی ما عدا البیع أیضا. ثمّ انه لا دلیل بالخصوص علی جریانه فی غیر البیع أو عدم جریانه فیه و انما المهم هو التعرض لمدرک هذا الخیار حتی یعلم أنه علی نحو یجری فی غیر البیع أیضا أو لا فنقول ان کان مدرک خیار الغبن هو الإجماع فلا شبهه فی عدم جریانه فی غیر البیع لأنه دلیل لبی و لا بد من أخذ المتیقن منه و هو البیع و ان کان مدرکه هو نفی الضرر فیشمل ذلک غیر البیع أیضا إلا إذا کان هنا اقدام علی الضرر فإنه مع الاقدام لا یکون هنا خیار و لا یبعد صدق الاقدام علی الضرر مع العلم و الجهل کما تقدمت الإشاره الی ذلک سابقا و لا یختص ذلک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۲

بصوره العلم بالغبن کما ذکره المصنف و بنی علیه و کیف لا یهمنا التکلم

فی ذلک بعد ما عرفت من عدم تمامیه دلاله حدیث لا ضرر علی المقصود و انما المدرک هو الشرط الضمنی کما تقدم تفصیله و علیه فلا بـد من التکلم علی هذا المبنی فنقول قد یکون البناء فی المعامله علی الدقه و عدم المغابنه و قد یکون علی السـمحه و المسـامحه و قـد لاـ یکون العقـد مبنیا علی شـی ء اما الأول فلا شـبهه فی تحقق الشـرط الضـمنی فیه فان بناء العقلاء علی تساوی القیمتین فیه فتکون قرینه نوعیه علی تسـاوی القیمتین و مع انتفاء القرینه النوعیه فتلاحظ القرینه الشخصـیه علی ذلک و من ذلک الإجاره و الصـلح فی مقام البیع و الإجاره و لا یفرق فیه أیضا بین أفراده إلا إذا قامت قرینه خارجیه علی عدم تحقق ذلک الشرط کالبیع بین الوالد و الولد فإنه إذا وقع الغبن فی ذلک فالارتکاز قائم علی عدم الشرط فیه نوعا.

و امـا الثـانی فلا یجری فیه الشـرط الضـمنی کالصـلح فی مقام المرافعه حیث ان بنائه علی قطع النزاع و التشاح فجریان الخیار فیه ینافی ذلک و کـذلک الصـلح فی غیر موارد البیع و الإجاره بأن کان علی إبراء جمیع ما فی الذمه کائنا ما کان إلا إذا ظهر الحال و علم ان ما فی ذمه المدیون من الدیون أضعاف ما اعتقده المتصالح فإنه حینئذ لا قرینه نوعیه و لا شخصیه علی عدم الشرط هنا بل القرینه الشخصیه قائمه علی تحقق الشرط الضمنی کما هو واضح.

و اما الثالث فلا بـد فیه من ملاحظه حال الأشـخاص فی شـخص المعامله کالجعاله فعلم ان جریان الغبن فی أی معامله یحتاج الی جریان الشرط الضمنی فیه علی تساوی القیمتین و جریان الشرط الضمنی علی تساوی

القیمتین یحتاج إلی القرینه النوعیه أو الشخصیه و الحاصل ان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۳

مقتضی أصاله اللزوم انما هو الحکم بلزوم کل معامله و علیه فمقتضی الأصل الاولی هو اللزوم فی جمیع المعاملات و ح فلا بد من رفع الید عنها من ملاحظه القرائن الخارجیه القائمه علی عدم اللزوم فیها فان قامت قرینه عامه کبناء العقلاء أو خاصه علی عدم التسامح و التساهل فی المعامله أزید مما لا بد منه فلا شبهه فی تحقق الشرط الضمنی فیها علی التساوی و عدم التغابن لان هذه القرینه قرینه علی الاشتراط فیلزم الخیار من تخلفه و یجری ذلک فی کل عقد و معامله حتی الصلح الذی کان البناء فیه علی التسامح و التساهل إلا إذا ظهر التفاوت أزید مما اعتقد المتصالح فإنه بالنسبه إلی الزائد یجری الاشتراط المذکور و یلزم من تخلفه الخیار و قد تقدم ذلک فی السابق الی جریان الخیار فی التفاوت الزائد عن المقدار الذی وقع فیه التسامح و فی کل مورد قامت قرینه عامه أو خاصه علی ان بناء المتعاقدین علی المسامحه و المساهله بحیث تکون هذه القرینه داله علی عدم الاشتراط فلا یجری فیه الخیار سواء کان ذلک صلحا أو بیعا فإنه ربما تقوم القرینه علی عدم الاشتراط و ان لم یلتفت المتعاملان الی الغبن کما إذا باع الوالد مالا- من ولده بخمسین دینارا مع الغفله عن کونه یساوی بالماء فإنه و ان تحقق غبن لا یتسامح هنا و لکن الارتکاز العرفی بل القرینه الخاصه أعنی رأفه الوالد علی ابنه قائمه علی عدم الاشتراط إلا إذا لم تکن بینهما رأفه تقتضی ذلک فإن القرینه العامه أو الخاصه قائمه علی اشتراط تساوی

القیمتین هنـا أیضـا و من هنـا ظهر ان المنـاط فی الاـشتراط و عـدم الاـشتراط انمـا هو البناء الشخصـی علی الاشتراط و ان کانت القرینه علی الاشتراط ربما تکون نوعیه اعنی بناء العقلاء علی الاشتراط و لکن مع ذلک قد تکون القرینه الحاصله أیضا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۴

موجوده علی ذلـک اعنی بناء الشخصـی من المتعاملین علی التساوی أو علی عـدمه و قـد نقل المصـنف عن بعض و قواه شـیخنا الأسـتاذ بل قـد تنحصـر القرینه بالثانی مع انتفاء الاولی و قد تکون القرینه الخاصه أعنی البناء الشخصـی مقدما علی القرینه العامه کمـا ان بنـاء العقلاـء علی التسـاوی فی البیع و مع ذلـک قـد یکون بناء المتعاقـدین علی التسامـح کما تقـدم و من هنا ظهر انه لا نحتـاج الی تحقیق مفهوم الغبن و کون الحکم دائرا مـدار صـدق الغبن و عـدمه کمـا ذکره بعضـهم لاـ من جهه عـدم وروده فی الاخبار کما ذکره المصنف بل من جهه ان مبنی المسأله لا یحتاج الی ذلک کما هو واضح.

قوله مسأله اختلف أصحابنا فی کون هذا الخیار علی الفور أو علی التراخی علی قولین

أقول ذهب المشـهور الی کون الخیار علی خلاف الأصل فیقتصـر فیه علی المتیقن و ذهب بعض آخر الی ثبوته ما لم یطرءه رافع للاستصـحاب و ذکر فی الریـاض ان المسـتند فی الخیـار إن کـان الإجمـاع المنقول اتجه التمسـک بالاستصـحاب و ان کان نفی الضـرر وجب الاقتصـار علی الزمـان الأـول إذ به ینـدفع الضـرر هـذا فنقول ان ثبوت الخیار بعـد الآن الأول یحتاج الی انتفاء أحد أمرین الأول عدم وجود المقتضـی للزوم فی الآن الثانی و الثانی عدم المانع عنه فإذا ثبت أحدهما لا یثبت الخیار مستمرا بل لا بد من الأخذ بالقدر المتیقن فلا بد فی المقام من

تنقیح هذا المطلب أی المقتضی و المانع و لذا ذکر جامع المقاصد ان العموم الثابت للعقد مستمر بحسب الزمان و المانع عنه مفقود فلا بد من الاقتصار بالقدر المتیقن و قد أشکل المصنف علیه و علی بقیه الوجوه المذکوره فی المقام بما ذکر أشار إلیه فی المقام و ذکر تفصیله فی کتاب الرسائل و حاصل: ان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۵

الحکم الثابت علی العام تاره یکون ثابتا علی افراده بحسب التعدد و التکثیر بان یکون لما تحت العام حکم فی کل آن بحیث یتکثر الحکم فی طول الزمان و یکون للعام افراد طولیه کما تکون له أفراد عرضیه کما إذا قال أکرم العلماء فیکون غرضه تعدد الحکم بحسب قطع الزمان فیکون الزمان مکثرا للحکم و یکون هنا إکرام متعدد حسب تعدد الآنات و الساعات و قد یکون الحکم الثابت لافراد العام حکما واحدا مستمرا إلی الأبد بحیث لا یکون الزمان مفردا و مکثرا و قیدا للحکم و موضوعا له بل یکون ظرفا کما إذا فرضنا فی المثال المتقدم ان وجوب الإکرام شی ء واحد ثابت لافراد العلماء من غیر ان یکون التعدد بحسب الآنات بل لکل واحد من افراد العام حکم واحد مستمر من غیر ان یتعد حسب تعدد الآنات فعلی الأول فإذا ورد مخصص علی العام بان خرج إکرام زید العالم عن تحت العموم فی یوم الجمعه فلا بد من الاقتصار فی التخصیص بخصوص ذلک فقط فلا یمکن التعدی إلی الیوم الثانی أیضا بالاستصحاب لانه من قبیل اسراء الحکم عن موضوع الی موضوع آخر فهو لا یجوز لان الحکم فی حکم آن مستقل و هذا بخلاف الثانی فإنه إذا ورد التخصیص علی العام

و اخرج الفرد عن تحت حكمه كـان ذلك موجبا لخروجه عن تحته مسـتمرا و الى الأبـد و فى هنا إذا شك فى ثبوت حكم العام بعد المخصـص نستصـحب حكم المخصص فلا مورد هنا للاقتصار بالقدر المتيقن لكونه خروجا واحدا عن تحت العام فلا يفرق فيه بين خروج عن حكم العام دائما أو فى زمان ما إذ ليس فى خروجه دائما زياده تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن.

و اما كشف ان الحكم الثابت على العام استمرارى أو لا فلا بد و ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۶

يثبت من الخارج أو بـدليل اللغويه كما ان قوله (ع) حلال محمـد (ص) حلال الى يوم القيامه و حرامه حرام الى يوم القيامه يدل على اسـتمرار الاحكـام الى يوم القيـامه فلو ثبت من الخـارج انقطـاع الحليه أو الحرمه و عـدم اسـتمرارهما الا ـ الى وقت خاص لا يكون ذلك مشمولا للروايه فيكون خارجا عنها فإنها تدل على استمرار الاحكام الى يوم القيامه مع عدم الانقطاع و بعده لا حلال و لا ـ حرام حتى يستمر الى يوم القيـامه و ليس فيهـا تعرض لإيجـاد الحلاـل حتى يكون مسـتمرا و الا يلزم إيجاد الحكم موضوع نفسه و عليه فإذا ورد عام و وردت روايه مثلا على اسـتمرار حكـم العام أو قامت قرينه على ذلك من لغويه عدم الاستمرار نحكم بـذلك فإذا ارتفع الحكم فى زمان يخرج عن تحت العام و نستصـحب مع الشك حكم الخاص و لا يكون ذلك الدليل مقتضـيا لاسـتمراره مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد و لا شبهه انه لا معنى لحصول الملكيه فى آن دون الآن الثانى بحيث يكون فى

كـل آن حكم مسـتقل فمن جهه لزوم لغويه حكم الوفـاء بالعقـد اسـتفدنا اسـتمرار الحكم فى جميع الأزمنه و إذا رفع الحكم فى زمـان اعنى الوفـاء لارتفـاع الملكيه كمـا فى المعاطـاه بنـاء على عـدم إفادتهـا الملكيه و كعقـد ازدواج بعـد رفعه بالطلاق فان ما يقتضى لغويه الزوجيه فى آن دون غيره لا تشمل بعد الرفع و لم يبقى هنا شى ء حتى يجب الوفاء به و لا يكون الدليل الدال على الاسـتمرار جاريا فى المقام فان الـدليل انما كان هو لزوم الغويه الملكيه فى آن واحـد دون غيرها و المفروض انه ليس هنا ملكيه حتى يلزم اللغويه من اعتبارهـا فى زمـان دون زمـان آخر كمـا هو واضـح و ان اللغويه لا توجـد الملكيه و الا يلزم تعرض الحكم لموضوعه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۷

و الحاصل ان روح كلام المصنف انه إذا ورد الحكم على الاستمرار و الزمان فيكون حينئذ للعام افراد طوليه نظير الأفراد العرضيه فيكون الزمان قيدا للحكم و مكثرا له فإذا ورد التخصيص فى زمان لا يكون مخصصا إلا فى ذلك الزمان الخاص كما هو واضح و امـا إذا ورد الاسـتمرار على الحكم بحيث يكـون الحكم موضوعـا للاسـتمرار فيكون الحكم ثابتـا للفرد مسـتمرا فـإذا خرج عن تحت العام خرج أبديا كما هو واضح و ان ورود الاسـتمرار على الحكم انما هو اما بدليل اللغويه أو بدليل خاص كما إذا فرضـنا ورود الروايه عليه مثلا.

و اما الوجه فى ملاحظه الاستمرار هو ما ذكره المصنف من لزوم اللغويه من عدم ملاحظه الاستمرار أو قيام الدليل الخارجى على ذلك و الا فالظاهر من تعلق الحكم بالفعل هو الآن الأول لا الاستمرار و من هنا ظهر ما ذكره

من تغـایر مورد التمسـک بالعـام و مورد التمسـک بالاستصـحاب فـان مورد التمسک بالعام انما هو صوره کون الزمان مکثرا فلا یجوز ح التمسـک بالاستصـحاب حتی مع وجود المـانع عن التمسـک بالعام بل لا بـد من التمسک بأصل أخر و مورد التمسـک بالاستصحاب هو فرض کون الزمان ظرفا فإنه ح لا یجوز التمسک بالعام حتی مع المنع عن التمسک بالاستصحاب.

أقول هذا الذی أفاده المصـنف انما یتم فی الجمله لأنه لا یجری بالنسبه إلی الأحکام التکلیفیه بل یجری فی الأحکام الوضعیه اما الأول:

فلانـه لاـ معنی لتوهم الاسـتمرار فی الأحکـام التکلیفیه أصـلا فإن الحکم الوارد علی الافعال سواء کان بعنوان الاسـتقلال و العام الاستغراقی أو بعنوان العام المجموعی یلاحظ بالنسبه الی کل فرد و علی کلا التقدیرین لا یلاحظ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۸

الاستمرار فیه مثلا لو قال المولی أکرم هؤلاء العشره ثم اخرج منها واحدا لا یرتفع الحکم عن الباقی بل لا بد له فی إکرام العشره أو قـال الکـذب حرام فـان الظاهر منه ان کل فرد من الکـذب فیکون لکل فرد حکم أی حرمه خاصه و یسـری الحکم الی جمیع الاـفراد بعنوان الاسـتغراق أو بعنوان العـام المجموعی و علی الأـول تکون الحکم بالنسـبه الی کـل فرد مسـتقلا واضـح فـإذا ورد التخصـیص بـإخراج فرد من العام یبقی الباقی تحته کالحکم بحرمه الکـذب مع إخراج فرد منها و کـذا فی ناحیه الوجوب و علی الثـانی ان الظـاهر أیضـا من تعلق الحکم بالفعل هو ثبوته له علی نحو الاسـتقلال کما إذا قال أکرم هؤلاء العشـره فإذا أخرج منها واحدا تبقی التسعه تحت العام و یجب إکرامهم و لیس هنا استمرار أیضا فإن اعتبار وجوب الإکرام فی ساعه

دون غيرها لا يستلزم اللغويه.

و اما فى الحكم الوضعى فيجرى ما ذكره المصنف مثلا إذا ورد من استولى على شى ء فهو له أو من حاز ملك و استفدنا من دليل خارجى أو من لزوم الغويه أن تكون الملكيه حاصله فى آن دون آن آخر فتحكم ح بحصول الملكيه المستمره فإذا ورد فى دليل خاص أو اللقطه العمران لا يملكها الواحد فيكون ذلک خارجا عن عموم من حاز ملک على تقدير كونه روايه و عن عموم من استولى على شى ء فهو له و لا يكون الدليل الخارجى أو لزوم اللغويه المقتضيه للملكيه المستمره شامله للاستيلاء على اللقطه و حيازتها لعدم حصول الملكيه هنا حتى تكون مستمره فما ذكره المصنف صحيح فى مثل ذلک.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۰۹

و قد انتهى كلامنا الى التمسک بالعموم بعد ورود التخصيص عليه و ان المصنف قد ذكر ان مورد التمسک بالعام يغاير مورد التمسک- بالاستصحاب ففى مورد نتمسک بالعام لا- يجوز التمسک بالاستصحاب حتى مع عدم التمسک بالعام و فى مورد التمسک بالاستصحاب لا يجوز التمسک بالعام حتى مع ثبوت المنع عن التمسک بالاستصحاب و فيما ورد الزمان على الحكم و ثبت الاستمرار عليه فلا يجوز التمسک بالعام بعد ثبوت التخصيص لان الحكم لا يتعرض على موضوعه اعنى الاستمرار و انما هو من دليل خارجى فحيث ورد التخصيص فى الافراد الطوليه على هذا الدليل الخارجى المثبت للاستمرار لا يجوز بعده التمسک بالعام فى المشكوک فالمورد هنا مورد الاستصحاب و إذا كان الحكم فى العام ثابتا على الزمان فيكون ثابتا لكل فرد طولى أيضا كما هو واضح ثم طبق ذلک على المقام فقال ان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو ثبوت الحكم

لکل عقـد من الافراد الطولیه فإذا خصـص هـذا العام و خرج منه عقد واحد فی زمان فلا یجوز التمسک بالعموم بالنسـبه إلیه فی زمان آخر لعـدم إمکان تعرض الحکم لاسـتمراره الثابت بـدلیل خارجی أعنی لزوم اللغویه من اعتبار الملکیه مثلا فی زمان دون زمان آخر فلا بد من التمسک بالاستصحاب.

أقول لا بأس بما ذکره علی نحوه الاجمال لا فی جمیع الأحکام التکلیفیه و الوضـعیه بل فی الثانیه فی الجمله و توضـیح ذلک ان الاحکـام التکلیفیه لا معنی فیها لورود الاسـتمرار ای الزمان علی الحکم بحیث تلاحظ علی نحوین و ذلک لأنها تحریمیه کان أو وجوبیه استغراقیه کانت أو مجموعیه إنما تتعلق بالافعال ای بأفعال المکلفین و لا شبهه ان الفعل یتقدر و یتقطع بالزمان و إذا کان ذلک الفعل متعلق للعام أو المطلق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۰

توجـد له أفراد طولیه کماله افراد عرضـیه سواء کان الحکم تحریمیا أو وجوبیا غایه الأمر، الأمر فی الأول أوضـح و علی هذا فقد ذکرنـا فی علم الأـصول ان الإهمـال فی الواقع و مقـام الثبوت محـال فلا یعقل ان یکون الحکم فی الواقع لا مطلقا و لا مقیـدا بل کـان مهملا لانه لا یعقل ان یجعل المولی حکما و لکن لا یلتفت الی أنه بأی نحو مطلق أم مقیـد و ان کان ذلک ممکنا فی مقام الإثبات و علی هـذا فإذا ورد حکم من المولی و کان فی مقام البیان و لم یقیـده بشـی ء نسـتکشف من ذلک سـریان الحکم الی جمیع افراد العـام أو المطلق الأـفراد العرضـیه أو الاـفراد الطولیه و علیه فـإذا ورد تخصـیص أو تقییـد فاخرج فرد من افراد العام أو المطلق نتمسک فی الباقی

بالإطلاق أو العموم فنثبت الحكم للفرد المشكوک فلا مورد هنا للاستصحاب أصلا مثلا إذا ورد عام أو مطلق على ان الكذب حرام أو كل كذب حرام فلا- شبهه ان متعلق الحرمه هنا هو الفعل الخاص الصادر من المكلف و انه يتقدر بالزمان بحيث ان الكذب الصادر منه فى هذا الزمان غير الكذب الصادر منه فى زمان قبله كما انه غير الكذب الصادر منه فى زمان بعده فيكون كل كذب بحسب طول الزمان و عرضه فردا مغايرا للافراد الأخر فحيث إن الإهمال فى الواقع محال فلا بد و ان يكون الحكم فيه اما مطلقا أو مقيدا فحيث لم يقيد الخطاب فى مقام الإثبات مع كونه فى مقام البيان فحسب تبعيه مقام الثبوت لمقام الإثبات من حيث الإطلاق و التقييد فنكشف الإطلاق فى مقام الثبوت أيضا كما هو واضح و على هذا فإذا خرج فرد من افراد الكذب عن تحت الإطلاق أو العموم فإنه لا- شبهه فى جواز التمسك بالعموم أو الإطلاق فى الافراد الأخر فلا مجال بوجه لتوهم جريان الاستصحاب فيه و كذلک إذا ورد النهى عن شرب الخمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۱

فان مقتضى الإطلاق حرمه أى شرب كان من أفراد العرضيه و الطوليه فإذا خرج فرد من تحته نتمسک فى الباقى بالإطلاق كما هو واضح إلا لوحظ الحكم بعنوان العام المجموعى أى يكون الحكم الواحد ثابتا للافراد بين المبدء و المنتهى من غير ان يكون لكل فرد حكم واحد و كذلک الكلام فى الأحكام الوجوبيه سواء كانت استغراقيه أم مجموعيه ثم ورد مخصص فإنه يرجع فى الافراد الباقيه العام و المطلق أما فى الاستغراقى فواضح و أما فى المجموعى فأيضا كک كما

إذا قال أكرم هؤلاء العشره ثمّ أخرج واحدا فإنه لا محاله يمنع عن التمسک بالعام فی التسعه الباقیه.

و العجب من شیخنا الأستاذ حیث أصرّ فی المقام و فی الأصول علی ورود الاستمرار علی الحکم فی الأحکام التحریمیه بدعوی أنه لا معنی لکون الشی ء حراما فی آن واحد لأنه حاصل بالضروره إذ ما من محرم الّا و یکون متروکا آنا ما فیکون الحکم التحریمی لغوا فنکشف من ذلک أن الحکم التحریمی مستمر دائما فیکون الاستمرار واردا علی الحکم و علیه فإذا ورد عام مشتمل علی حکم تحریمی ثمّ ورد علیه تخصیص فلا وجه للتمسک بالعام بل یتمسک باستصحاب حکم الخاص کما هو واضح.

و لکنه واضح الدفع فان مقتضی إطلاق الخطاب هو کون کل فرد من أفراده الطولیه بحسب قطع الزّمان محرما و أن المولی قد لاحظ فی مقام الثبوت إطلاق الحکم و شموله بجمیع الافراد مع ما عرفت أن الفعل الذی هو متعلق الحکم یتقدّر بالزّمان فلا یکون الحکم ثابتا علی جمیع الافراد بحسب الإطلاق ففی المقام و ان کان الاستمرار موجودا و لکنه لیس بمعنی أن الحکم الواحد مستمر کالملکیه مثلا بل معناه هنا انه یستمر الحکم باستمرار موضوعه یعنی ان حرمه شرب الخمر مستمره حسب تعدد الشرب

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۲

و استمراره و یکفی فی ذلک کون الحکم ثابتا علی الطبیعه الصرفه غیر مقیدا بقید بل ترفع عنها جمیع القیود کما هو معنی الإطلاق لا ان هنا استمرار ثابت من الخارج ببرهان اللغویه.

و علی الجمله استمرار الحکم فی التکالیف المحرمه من جهه إطلاق الحکم و تعدد متعلقه اعنی فعل المکلف المتقدر بالزمان لا من جهه دلیل خارجی کما لا یخفی و

أعجب من ذلک ما استشهد على مراده بان الفقهاء لم يجوز و اشرب الخمر فى حال المرض لاستصحاب الحرمه فلو كان الاستمرار ثابتا من ناحيه الحكم دون الخارج لم يكن لهم وجه للتمسک بالاستصحاب بل لا بد لهم من التمسک بالعام فحيث ان الاستمرار فى الأحكام التحريميه ثبت من الخارج لا من ناحيه الحكم و لم يكن تعرض الحكم لاستمرار موضوعه مستمرا فلذا تمسكوا بالاستصحاب فى إثبات الحرمه فى حال المرض و وجه العجب ان ذلک خارج عما نحن فيه فان كلامنا فيما ورد عام ثم مخصص فى زمان و شک فى ان الفرد الخارج خارج دائم أو فى الزمان الأول و اما إذا لم يرد تخصيص أصلا فلا مجال لذلک ففى المثال المذكور لم يجد تخصيص لحرمه شرب الخمر بالنسبه الى حال المرض حتى نتمسک بالنسبه إلى المريض فى غير حال مرضه بالاستصحاب أو بالعام بل انما هو شک فى ثبوت الحكم فى جميع الحالات أو فى بعضها فنتمسک بالإطلاق لما عرفت من إطلاق الحكم ثبوتا و إثباتا على انه لا نعرف ذهاب الفقهاء إلى الحرمه للاستصحاب مع ان الكتب الاستدلاليه قليل و مع ذلک فليس كلهم ذاهبين إلى الحرمه للاستصحاب نعم لا- بأس بالواحد و الاثنين فتحصل ان الاحكام التكليفيه بأجمعها تحريميه أو وجوبيه استغراقيه أو مجموعيه و اما الأحكام الوضعيه فحيث ان

متعلقها ليس فعل المكلف حتى يتقدر بالزمان بل هو أمر آخر كالملكيه و الزوجيه و نحوهما له قابليه الاستمرار فيمكن تصديق كلام المصنف هنا فى الجمله.

و توضيح ذلک ان اعتبار الاستمرار قد يكون بدليل خارجى بحيث يكون واردا على الحكم من جهه اقتضاء الدليل

الخارجی ذلک و قد یعتبر فی الحکم من جهه دلاله نفس الدلیل المتکفل لبیان الحکم علی ذلک اما الأول کما إذا لم یکن نفس الدلیل متضمنا لذلک بإطلاقه أو بعمومه بل لو اعتبر الاستمرار فیه انما یعتبر من جهه برهان اللغویه أو الدلیل الآخر من الروایه و نحوها کما إذا ورد ان من استولی علی شی ء فهو له أو من حاز ملک فإنه لا معنی لحصول الملکیه بالحیازه أو بالاستیلاء آنا لکون ذلک لغوا بل حصول الملکیه فی زمان مقید به کالشهر أو شهرین أو سنه فهو ترجیح بلا مرجح فلا بد من القول بحصول الملکیه الدائمیه ففی مثل المقام فالعموم أو الإطلاق انما یتضمن بیان أصل الحکم ای حصول الملکیه بالاستیلاء و الحیازه و اما الاستمرار فهو یعلم من الدلیل الخارجی فإذا ورد تخصیص علی ذلک و دل دلیل علی عدم حصول الملکیه بالحیازه و الاستیلاء کاللقطه و مجهول المالک و شککنا فی ان ذلک خارج عن تحت العام أو المطلق فی زمان خاص أو دائما فلا یمکن التمسک بالإطلاق أو العام إذ المفروض عدم الإطلاق أو العموم و اما الدلیل الخارجی الدال علی الاستمرار فهو لا یمکن ان یتعرض موضوعه بل هو ثابت متی ثبت موضوعه و فی المثال المذکور متی ثبتت ملکیه فهی تستمر و اما مع عدم ثبوت الملکیه فأی شی ء تستمر و لا شبهه ان دلیل الاستمرار یستحیل ان یتعرض لإیجاد موضوعه فإنه فی فرض وجود موضوعه یدل علی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۴

الاستمرار و لا یمکن ان یتعرض الحکم لموضوعه. فما ذکره المصنف صحیح فی مثل ذلک و اما إذا کان الدلیل الدال علی الحکم بنفسه دالا

على العموم أو الإطلاق أما بقيد أضيف إلى الخطاب أو بمقدمات الحكمه فح لا شبهه فى جواز التمسک بالإطلاق سواء كان الحكم ثابتا لمتعلقه على نحو العموم الاستغراقى أو العموم المجموعى و توضيح ذلك ان الاستمرار تاره يفرض فى الجعل من انه مستمر أو لا و اخرى فى المجموع اما الأول بأن الجعل يدل على الاستمرار ما لم يطرء النسخ أم لا فهو خارج عن المقام و اما الثانى فلا شبهه فى جواز التمسک بإطلاق المجعول أو بعمومه و إثبات الحكم للأفراد العرضيه و الطوليه للعام لان الإهمال مستحيل فى مقام الثبوت و المولى فى مقام البيان و فى مقام الإثبات و لم يقيد كلامه بقيد فنكشف منه الإطلاق مثلا ان أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يدل على وجوب الوفاء بكل عقد فإذا فرضنا ان الملكيه المنشئه لم تقيد بشى ء فى مقام الإنشاء و هكذا الزوجيه فنكشف من ذلك كونهما دائميه فإن إطلاق المنشئه يدل على ثبوتهما و تحققهما فى الافراد العرضيه و الطوليه و لا يفرق فى ذلك كون الحكم على نحو العام المجموعى كما إذا إنشاء الملكيه الواحده بين المبدء و المنتهى و هذا هو المعروف أو على نحو الاستغراق كما إذا كانت هنا فى كل آن ملكيه مستقله منضمه بعضها مع بعض بحيث تستمر افراد الملكيه بحسب الانضمام لا ان هنا ملكيه مستمره بين المبدء و المنتهى و عليه فإذا أورد تقييد أو تخصيص بالنسبه إلى فرد فى زمان و شككنا فى كونه دائما أو لا فالمورد مورد التمسک بعموم العام دون استصحاب حكم المخصص و هكذا الكلام إذا لم يكن هنا إطلاق بمقدمات الحكمه أو عموم و لكن يكون فى الدليل دال آخر على

الاستمرار كما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۵

قال المولى مثلا- أمضيت الزوجيه المستمره أو الملكيه المستمره فان الاستمرار يستفاد من القيد و من دال آخر فإنه أيضا إذا شككنا فى مورد فى ارتفاع الحكم عن فرد بعد التخصيص إلى الأبد أو موقتا فنتمسک بعموم العام أو بإطلاق المطلق لان الحكم و الاستمرار كلاهما يستفاد من دليل واحد و ان كان الدال متعددا و تعدد الدال غير استفاده الاستمرار بدليل آخر المانع من التمسک بالعموم و الا- فلا طلاق دائما يستفاد من مقدمات الحكمه فلو كان مجرد تعدد الدال و لو فى دليل واحد مانعا عن التمسک بالإطلاق أو العموم لكان لازم ذلک عدم جواز التمسک بالإطلاق فى مورد أصلا فى الفرد المشكوک بعد التخصيص كما هو واضح.

و على الجمله حيث ان متعلق الأحكام الوضعيه ليس هو الفعل ليتقدر بالزمان بل هو أمر موجود مستقل أجنبى عن الفعل فيلاحظ فيه الاستمرار و عدمه و عليه فان كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى بحيث يكون الاستمرار واردا على الحكم فلا يجوز التمسک بالعام فالمورد مورد الاستصحاب كما ذكره المصنف و ان كان مستفادا من إطلاق الدليل أو عمومه بحيث يكون المنشأ مطلقا بالنسبه الى الافراد كما عرفت فلا بأس بالتمسک إلى الإطلاق أو العموم الدال على إطلاق المنشأ و عمومه بالنسبه الى كل فرد عرضيا كان أو طوليا و ان كان ذلک الإطلاق مستفادا من مقدمات الحكمه.

و حاصل الكلام من الأول ان الحكم قد يكون متعلقا بفعل المكلف و قد لا يتعلق بفعل المكلف بل يلاحظ منحازا عنه و مستقلا فى نفسه، اما الأول فكالاحكام التكليفيه فإنها متعلقه بأفعال المكلفين فيكون متقدرا بالزمان فيلاحظ العموم

أو الإطلاق فی نفس الحکم باعتبار متعلقه و لا یفرق

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۶

فی ذلک بین ان یکون العموم استغراقیا کان یکون الحکم ثابتا لکل فرد فرد من الفعل المتقدر بالزمان بحیث یکون لکل منها حکم مستقل أو یکون العموم مجموعیا بحیث یلاحظ مجموع الافراد مجموعا و یجعل لها حکم واحد بحیث یکون کل فرد جزء للموضوع کقول المولی أکرم هؤلاء العشره فإن الحکم هنا ثابت للمجموع من حیث المجموع فإذا شککنا فی ان الخارج عن تحت هذا الحکم هو دائمی أو مقید بیوم الجمعه فنتمسک بعموم العام و أیضا لا یفرق بین کون الحکم إیجابیا أو تحریمیا و علیه فإذا ورد علی الحکم تقیید أو تخصیص بالنسبه إلی جزء فی العام المجموعی و بالنسبه إلی فرد فی العام الاستغراقی و شککنا فی خروج فرد آخر أو خروج.

الجزء دائما أو فی ساعه فیتمسک بعموم العام أو بإطلاقه فرد المشکوک فلیس المورد من مورد التمسک بالاستصحاب و الوجه فی ذلک ان الحکم فی جمیع هذه الصور وارد علی الزمان سواء کان الزمان قیدا للحکم أو ظرفا فعلی کل لا یجری الاستصحاب اما إذا کان قیدا فلان الاستصحاب فیه من قبیل اسراء الحکم من موضوع الی موضوع آخر و اما إذا کان ظرفا فلان الأصول اللفظیه لا یجری مع الأصل اللفظی الحاکم علیها.

و اما إذا لم یکن الحکم متعلقا بالفعل کالأحکام الوضعیه و ان کان ذلک حاصلا من فعل المکلف فیلاحظ العموم أو الإطلاق بالنسبه إلی نفس الحکم المجعول فیتمسک بالإطلاق أو العموم لورود الحکم فی ذلک أیضا علی الزمان لان الظاهر ان الحکم المجعول انما جعل مطلقا فالملکیه المجعوله أو الزوجیه المجعوله إنما

جعلنا مطلقتين سواء كان ملحوظا بعنوان الاستغراق كما إذا لوحظت هنا أحكام متعدده بحسب قطع الزمان بحيث يلاحظ هنا ملكيه متعدده منضمه بعضها الى بعض أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۷

بعنوان المجموعی كما إذا لوحظت هنا ملكيه واحده مستمره بين المبدء و المنتهی فعلی كل حال جاز التمسک بالإطلاق أو العموم الملحوظان- بالنسبه إلی نفس الحكم الوضعی و عليه فإذا خرج عن العام فرد واحد أو انقطعت الملكيه فی زمان خاص و شككنا فی خروج فرد آخر طولی عنه بحيث ان يكون الملكيه فی الآن الثانی أيضا خارجه عن العموم أو الإطلاق أو شككنا فی انقطاع الملكيه فی المجموعی إلی الأبد أو فی جزء واحد من الزمان فنتمسک بإطلاق الحكم المجعول أو بعمومه و الوجه فی ذلک أيضا هو ما ذكرناه من ورود الحكم علی الزمان دون العكس لما عرفت ان المجعول مطلق أو عام اما ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم تعرض الحكم لاستمراره و هو يجری فی الجعل فقط لا فی المجعول لعدم تعرض الجعل لاستمراره و انه ينسخ أو لا- و ان كان الجعل و المجعول من قبيل الإيجاد و الوجود و لكن بينهما فرق من جهه و هی ان الجاعل يمكن ان يجعل الحكم عاما أو مطلقا و مع ذلک لا يكون جعله مطلقا فلا أقل انه بالنسبه إلی النسخ فان الجعل لا يتعرض ببقائه و لو من حيث نسخه.

هذا كله فيما إذا كان الاستمرار مفهما من نفس الحكم بحيث يكون الحكم واردا علی الاستمرار كما عرفت و اما إذا كان الاستمرار واردا علی الحكم و يكون مفهوما من دليل خارجی كما إذا كان دليل الحكم بالنسبه إلی الاستمرار

مهملا- و غير مقيد بالاستمرار و عدمه و لكن استفدنا من الخارج كونه مستمرا فإنه حينئذ يجوز التمسک بالاستصحاب بعد التخصيص فى بعض الصور مثلا إذا ورد ان من استولى على شى ء فهو له أو من حاز ملك ورد تخصيص على ذلک من الأول بأن قال الا الصبى مثل بان اعتبر فى التملك بالاستيلاء أو الحيازه البلوغ و ان غير البالغ لا يملك بالحيازه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۸

حينئذ إذا شككنا فى انه يملك بعد بلوغه ما حازه فى الصباوه أو لا فلا بد من التمسک باستصحاب حكم المخصص فان نفس الدليل الدال على الحكم ليس له عموم أو إطلاق كما هو المفروض و اما الدليل الآخر الدال على الاستمرار انما يدل على استمرار الحكم الثابت و لكن لا يمكن ان يتكفل الدليل الخارجى الدال على اعتبار الاستمرار بإثبات الحكم لان الحكم مأخوذ فى موضوع ما يدل على الاستمرار فالحكم اعنى الاستمرار لا يعقل ان يتكفل بموضوعه كما هو واضح. و على الجمله فإذا كان الاستمرار مستفادا من دليل خارجى و كان التخصيص واردا من الأول ثم شككنا فى كون الخارج دائما أو موقتا لا يمكن التمسک بالعام أو المطلق و لا- يفرق فى ذلک أيضا بين كون الحكم استغراقيا أو مجموعا و اما إذا كان التخصيص واردا من الوسط بان تحقق الحكم من الأول ثم ورد تخصيص فإنه أيضا يكون المورد مورد التمسک بالعام فان العام قد شمل جميع الأفراد الطوليه و العرضيه قبل التخصيص و بعده فإذا خرج فرد واحد نتمسک فى الباقى بالعام ثم ان ما ذكرناه من الأول إلى هنا فيما إذا كان ثبوت الحكم فى كل زمان

و بقائه مدلولا للدليل سواء كان مدلولا بما دل على الحكم أو مدلولا لدليل خارجى و اما إذا كان ثبوته فى كل زمان مفهوما من الدليل التزاما لا مطابقه بأن دل الدليل على الاستمرار مطابقه و لازم الاستمرار هو ثبوت الحكم فى كل زمان فإنه ح إذا انقطع الاستمرار بورود التخصيص عليه ينقطع الدلاله الالتزاميه أيضا فلا يمكن ح التمسك بالعام فان مدلول العام كان هو الاستمرار فقد انقطع بالتخصيص فلا يجوز بعد ذلك التمسك بالعام و الظاهر انه قد استوفينا جميع صور التمسك بالعام و عدمه و اما تطبيق ذلك على المقام أعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فنقول ان كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۱۹

المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ما ذكره المصنف من وجوب ترتيب الأثر على العقد فيكون مفاد العموم هو الحكم التكليفى أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد و عليه فيتمسك بعموم أوفوا حتى بعد الفسخ أيضا فإن الحكم التكليفى أعنى وجوب ترتيب الأثر على العقد حكم تكليفى استغراقى بحسب الأفراد العرضيه أى بالنسبه الى كل عقد و بالنسبه الى الأفراد الطوليه الملحوظه بحسب الآنات و الأزمنه فإذا خرج فرد واحد فيتمسك فى الباقى بعموم العام و هو واضح و اما بناء على ما ذكرناه فى معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ من كونه إرشادا إلى الحكم الوضعى أعنى لزوم العقد و انه لا ينفسخ بالفسخ فالأمر أوضح فإن الآيه تدل على ان كل عقد فى كل زمان لازم لا ينفسخ بالفسخ فإذا خرج فرد من الافراد الطوليه يتمسك بالعموم كما يتمسك به فى الافراد الطوليه. و مع التنزل عن ذلك فيكفينا التمسك بقوله تعالى لَا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ فإن النهى عن الأكل باعتبار الافراد

المتعـدد اعنى هـذا الأكـل و ذلک الأكل الـذى عباره عن التمسک فإذا خرج فرد و شـككنا فى خروج فرد آخر أيضا فنتمسـک بالعموم و هكـذا قوله (ع) لا يحل مال امرء مسـلم الا بطيب نفسه فان ذلک يـدل على تعـدد الحكم حسب تعدد الزمان و انه فى كل زمان و ان إخراج فرد واحد لا يمنع ذلک عن التمسک بالعموم.

و إذا شـككنا فى ان المغبون هـل له الخيـار إلى الأبـد أو لاـ فلاـ بـد من الاقتصار بالقـدر المتيقن لأنه بالنسـبه إلى غيره نتمسـک بـالعموم فـان مـا يرفع لزوم العقـد بالنسـبه إلى زمان خاص يتمكن المغبون فيه من الفسـخ قطعى و فى غيره مشـكوک فنتمسـک بالعموم و على هذا فيصح توجيه كلام جامع المقاصد من الاقتصار فى الخيار للمغبون بالمتيقن و المرجوع فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۲۰

الزائد إلى أصاله الزوم و ليس فى كلامه غبار أصلا.

و قد تحصل موارد اسـتمرار حكم العام عن غير الاسـتمرار كما هو واضح ثم انه هل يتمسک بعموم العام فى مورد الشک بثبوت الخيار أو يستصـحب حكم الخاص فذهب المحقق الثانى إلى التمسک بعموم العام و خالفه شـيخنا الأستاذ و المصنف فذهبا الى استصـحاب حكم المخصـص فيقع الكلاـم فى انه هـل يمكن الحكم بجريـان الاستصـحاب هنـا مطلقا أولا سواء أمكن التمسـک بعموم العام أو لا أو يفصل بين إذا كان مـدركه الإجماع أو غيره كما ذهب اليه صاحب الرياض فنقول اما بناء على عـدم جبريان الاستصـحاب فى الشـبهات الحكميه فواضـح فلاـ مورد للاسـتصـحاب لابتلاءه دائما بالمعارضه و اما بناء على جريانه فيها فهل هنا خصوصيه نمنع عن جريان الاستصحاب هنا أم لا الظاهر ان فى المقام خصوصيه تقتضى

عدم جريان الاستصحاب فيه و تفصيل ذلك ان مدرك خيار الغبن اما الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر أو الإجماع اما إذا كان مدركه الشرط الضمنى فلا شبهه فى عدم جريان الاستصحاب عند الشك فى ثبوته فى الآن الثانى و عدمه و ذلك لان هذا الخيار انما جعل فى فرض التخلف على حسب الارتكاز و هذا الارتكاز انما هو موجود فى الآن الأول دون الآن الثانى المشكوك فإثبات الحكم فى الآن الثانى من باب القياس و من قبيل اسرار الحكم من موضوع الى موضوع آخر إذ لم يحرز موضوع الخيار فى الآن الثانى و بعباره اخرى ان شرط الخيار على تقدير تخلف الشرط الضمنى ليس أمرا دائميا و انما هو فى وقت ثبت التخلف فيه و اما الفرد الآخر الذى لم يثبت التخلف فيه فاستصحاب الحكم فيه من باب القياس كما لا يخفى و هكذا الكلام إذا كان مدرك الخيار هو قاعده نفى الضرر فان الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۲۱

انما يثبت بها من مقدار يرتفع به الضرر لا انه أمر دائمى فإثبات الحكم اعنى الخيار فى ان آخر قياس و بعباره اخرى ان الضرر انما توجه من دوام اللزوم فإذا ارتفع اللزوم فى آن ارتفع الضرر أيضا فإثبات الحكم لغير المتضرر قياس فان اللزوم فى الآن الثانى مثلا ليس بضررى أصلا و الحاصل انه على تقدير كون دليل الخيار الشرط الضمنى أو قاعده نفى الضرر فالخيار ليس بدائمى كما هو واضح و من هنا ظهر الحال إذا كان مدرك الحكم هو الإجماع و ذلك من جهه ان الإجماع دليل لبى فلا بد من الأخذ بالمتيقن و هو المتضرر نعم لو كان الإجماع

على ثبوت الخيـار للمغبون كان الاستصـحاب جاريا فى الآن الثانى أيضا و لكن لا نحتمل ثبوت الإجماع التعبـدى على ذلک بل مدرکه اما قاعده نفى الضـرر أو الشـرط الضـمنى فعلى کل تقدير فلا يمکن إثبات الحکم فى الآن المشـكوک بالاستصـحاب و بعباره اخرى ان الأمر دائر بين ان يکون معقـد الإجماع هو المتضـرر أو المغبون فحيث انه أمر لبى فلا بـد من أخـذ المتيقن و هو المتضرر على انه لا نحتمل وجود الإجماع التعبدى على ثبوت الخيار للمغبون فاذن لا يمکن إثبات الخيار للمشکوک أيضا.

و الحاصـل انه مع القول بجريـان الاستصـحاب فى الشـبهات الحکميه فلاـ يجرى الاستصـحاب فى المقام لعـدم بقاء موضوعه بل تغيره کمـا عرفت فتحصـل من جميع مـا ذکرناه انه لا يمکن التمسک باستصـحاب حکم الخاص و هو الخيار فلا بـد من الرجوع الى عموم العـام و مع عـدم جريـانه فيرجع الى أصـاله الفسـاد کمـا هو واضـح فتحصـل ان الخيـار فورى خلافا لشـيخنا الأسـتاذ و للمصنف من حيث المدرک لا المدعى کما لا يخفى.

ثم ان المراد بالفوريه هل هى الفوريه الحقيقيه و الآن الدقى العقلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۶، ص: ۴۲۲

أى الزمان الذى يمکن فيه الفسخ و لو کان مقدار يمکن فيه الأخذ بالخيار أو المراد من ذلک ما لا ينافى بعض الأفعال عاده مثل الصلاه و الأکل و الشرب و النوم و نحو ذلک أو هى أمر عرفى لا أمر دقى و لا أمر عادى الظاهر هو کذلک فان هذا الشرط کما ذکرنا ثابت بالارتکاز و هو قائم و موجود ما لم يتحقق التوانى عرفا و هذا لا ينافى بالاشتغال ببعض الافعال من الصلاه و النوم إذا کان وقته و لعل

ذلک یختلف باختلاف الأشخاص بل الأمکنه و- نحوها کما هو واضح و بعباره اخری ان الحکم فی أصل الخیار فی أمده کل ذلک بالارتکاز فبالمقدار الذی یساعده الارتکاز یحکم بثبوت الخیار و الا فلا کما لا یخفی فافهم.

ثم ان هذا الخیار انما یثبت لمن التفت بالغبن فلو التفت بعد سنه أو سنتین فیحکم بثبوت الخیار له بعد ذلک علی المقدار المتعارف من الفوریه بحیث لا- یکون ذی الخیار متوافیا و لا یقول من علیه الخیار فی أی مکان کنت فی طول هذا الزمان هذا تمام الکلام فی خیار الغبن.

یوم الأحد أول شهر ربیع الأول سنه ۱۳۷۶ تم الجزء السادس من هذا الکتاب و یتلوه الجزء السابع ان شاء الله تعالی و الحمد لله أولا و آخرا

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب

إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة

إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة

افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها

تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms

إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس

إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥
هاتف المكتب فی طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.


مركز القائمية اصفهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المــركز من فضلــكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩